



4

20

POR

DON GERONIMO DE SALES,

Cavallero del Abito de N.Señora de Monteſa,

CON

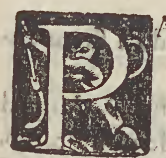
D. IAYME FVSTER BALLESTER

San Marti de Togores, Conde de Ayamans, Raymundo Gual, padre, y legitimo administrador de ſus hijos,

Y Violante Gual y de Togores, muger de dicho Raymundo,

SOBRE

Que ſe reuoque la ſentencia dada en la Real Audiencia de Mallorca, en 15. de Setiembre de 1664.



ARECE preciſo para la mas facil comprehenſion de eſte papel, preſuponer brevemente lo ſubſtancial del hecho, y aſsi ſe referirà con puntualidad lo que cōduze para los puntos q̃ ſe cōtrovierté.

1 En 13. de Setiembre de el año paſſado de 1638 D. Miguel Luis de Togores, primer Conde de Ayamans otorgò ſu teſtamento ante Antonio Iuan Fita Notario, inſtituyendo por ſus vniuerſales herederos à D. Miguel Luis de Togores ſu hijo, y à vna obra pia, q̃ mandò fundar en el Lugar de Lloſſeta de la mitad de ſus bienes.

2 En 17. de Setiembre del miſmo año de 38. Iayme Solivellas, en virtud de poder del dicho D. Miguel Luis heredero inſtituido, y de D. Geronimo Balleſter de Togores, Adminiſtrador de la dicha obra pia, tomò poſſeſsion en virtud del teſtamento, de los bienes que auian quedado por muerte de el dicho Conde de Ayamans.

3 En 28. del miſmo mes, D. Albertin de Togores parecìò, refiriendo, que el dicho Cōde D. Miguel Luis ſu ſobrino, auia muerto ſin dexar deſcendencia legitima, por cuya cauſa, le tocaua a èl la ſucceſsion en el dicho eſtado de Ayamans, y Cavalleria de Lloſeta, y otros fideicomiſſos que poſſeìa el dicho Conde, en que tenia llamamientos de dicho D. Albertin, por cuya cauſa pidiò poſſeſsion, y con efecto ſe le diò en virtud de decreto.

4 Por muerte del dicho D. Albertin, pidiò el dicho D. Geronimo Balleſter de Togores la poſſeſsiō de Ayamans, y titulo de Cōde, y de la Cavalleria de Lloſeta, y parte de Biniali, y otros bienes que dixo pertenecer a los fideicōmiſſos de Luis de Togores aſcendiente comun, y de el dicho primer Conde, refiriendo, que aunque ſe auia dado poſſeſsion a los herederos de el di-

dicho D. Albertin, ellos la auian relaxado à favor ſuyo, y aſsi ſe le mandò dar, y diò.

5 En 27. de Enero de 1659. el dicho D. Miguel Luis, hijo del Conde D. Miguel, y heredero inſtituido, como ſe ha dicho en la mitad de ſus bienes, puſo demãda contra Iayme Antonio Fiol, Curador de los bienes, y herencia del dicho Conde, ſobre el real entrego de los bienes que le tocan, en virtud de ſu inſtitucion, con ſus frutos, y rentas; y auiendoſe empezado à ſeguir eſte pleyto cõtra el dicho Curador, deſpues ſe proſiguiò contra el dicho D. Geronimo Balleſter de Togores, à quien ſe auia dado la poſſeſsion de dichos bienes por muerte de D. Albertin, y por ſu parte ſe hizieron diuerſas contradiciones, pretendiendo ſe auia de denegar la pretenſion de D. Miguel Luis, y eſpecialmente en quãto a lo de Ayamans, y Lloſeta, por dezir, que eſto pertenecia al fideicõmiſſo antiguo de Luis de Togores, cuya ſucceſsion tocaua al dicho D. Geronimo. Y en quãto a la poſſeſsion de Belver, y ſus Rafales, dixo, que le pertenecian en virtud del teſtamento de Miguel Luis Togores, y deduxo diuerſas razones, y cauſas para excluſion del dicho D. Miguel.

6 Eſtandoſe ſiguiendo eſte pleyto en 15. de Diziembre del año paſſado de 1660. el dicho Dõ Miguel Luis de Togores hizo, y otorgò ante Antonio Moll Notario, donacion vniuerſal de todos ſus bienes, derechos, y acciones, a favor de Dõ Geronimo de Sales Cauallero del Abito de Monteſa, que oy litiga, motiuandola con la razon del parenteſco, afeccion, y amiſtad, que entre los dos auia, confeſſando que era remuneratoria de muchos beneficios, que el dicho D. Miguel auia recibido de el dicho Don Geronimo, reſervando en ſi el dicho D. Miguel mil libras, de que poder teſtar libremente, poniendo clauſula de conſtituto, y todas las demàs clauſulas, y renunciaciones neceſſarias para

la

la mayor firmeça de vna donacion irrevocable inter vivos como lo fue esta, interviniendo tambien acceptacion expressa de el dicho Don Geronimo en el mismo instrumento, que està en el processo primitivo fol.

7 Despues de lo qual en 22. de Abril de 661. parece q̃ el Reuerendo Magin Salvador, Presbytero Curador de la obra pia, y Colegio, mandada fundar por el Conde; y assimismo el dicho Don Miguel Luis hizieron cierta transaccion con el dicho Don Geronimo Ballester de Togores, ajustando, y componiendo todas las pretensiones que contra él tenian, como herederos de el dicho Conde, y como detentador que era el dicho D. Geronimo de sus bienes, y el efecto, y resumen de la dicha transaccion, fue remitirle, cederle, y donarle los dichos herederos, todos los derechos, y acciones que les tocavan, y podian tocar en la herencia del dicho Conde, apartandose de todas las pretensiones que contra el estavan deducidas, y pleytos que sobre ellas estavan pendientes, obligandose el dicho D. Geronimo por razon de todo esto à pagar à los dichos herederos diez y seis mil libras en esta forma, el principal de quatrocientas libras de renta que consignò en el censo que la dicha herencia tenia contra la Vniversidad, para que esta renta la cobrasse el dicho Don Miguel Luis por los dias de su vida; y despues de ella tocasse à la obra pia, y para lo restante hasta las dichas, diez y seis mil libras, deducido el principal de las dichas quatrocientas, se obligò el dicho don Geronimo à favor de la obra pia, à pagar reditos, ò intereses à cinco por ciento, hasta tanto que efectivamente consignasse censo de la misma cantidad de principal; y en esta conformidad se otorgò la transaccion, como de ella consta, fol. 187 ad 307.

8 En 9. de Setiembre de 1662. aviendo ya muer-

to el dicho D. Geronimo Ballester, y sucedido en los dichos bienes Miguel Iuan Ballester de Togores, y San Marti, se diò peticion por Don Geronimo de Sales, presentando la donacion vniversal hecha à su favor por Don Miguel Luis de Togores, y pidiendo en virtud de ella se prosiguiesse contra el dicho don Miguel Iuan, el pleyto que estava pendiente contra don Geronimo Ballester, à instancia de el dicho Don Miguel Luis, sobre la herencia de el Conde su padre.

9 Por parte de el dicho Don Miguel Iuan se dixo, que ya no se devia, ni podia proseguir el dicho pleyto, no solo à instancia del dicho Don Geronimo, pero ni aun del dicho D. Miguel Luis; y no solo contra el, pero ni aun contra su Autor, mediante el estar yà transigido, y acabado, como constaua de la dicha transaccion, cuya excepcion opuso.

10 Replicòse por D. Geronimo de Sales, q̃ sin embargo se le avia de admitir à la prosecucion de dicho pleyto, porque la dicha transaccion era nulla, assi por averse podido hazer en perjuizio de su donacion vniversal anterior, y perfecta, como tambien porque cõtenia la misma transaccion otras nulidades, que resultavan de la sugestion, molestias, persuasiones, y miedo reverencial, con que se avia obligado à el dicho Don Miguel Luis à que transiguiesse, de la enormissima lesion que contra el susodicho, y contra la obra pia se manifestava, y de el defecto de potestad en el curador, y administrador de dicha obra pia, para obrar por si solo en semejante acto; y tambien de la incertidumbre de los presupuestos que se tomaron para motivar la dicha transaccion, y no aver intervenido en ella los requisitos necessarios.

11 Respondiòse por el dicho Don Miguel Iuan, impugnando la donacion de Don Geronimo, por dezir que auia sido simulada, alegando para esto algu-

nas

nas conjeturas leues, y remotas, y en esta conformidad se fue prosiguiendo el pleyto entre estas partes, y por muerte de el dicho D. Miguel Iuan se prosiguiò despues contra Iayme Fuster Ballester San Marti de Togores su hijo, y heredero, citando tambien, y llamando à Raymundo Gual, por si, y como padre, y legitimo administrador de sus hijos, y Violante Gual y de Togores, muger del dicho Raymundo, herederos del dicho Don Geronimo Ballester, que oy litigan. Y tambien saliò à este pleyto el dicho Don Miguel Luis, como Patron, y administrador de la dicha obra pia.

12 Auiendose substanciado legitimamente entre todos, se diò sentencia por la Real Audiencia en 15. de Setiembre de 664. en que se declarò no auer lugar la prosecucion de dicho pleyto, pedida por dicho Don Geronimo de Sales en virtud de su donacion, y se dixo que le obstava la excepcion de transaccion, imponiendole perpetuo silencio para que no pudiesse proseguir, ni suscitar el dicho pleyto. Y en quanto à la transaccion, reservandole su derecho, para que la pueda impugnar, pidiendo que se anule, ò rescinda por las causas que contra ella tiene alegadas, las quales se dixo no ser de este juizio, declarando no auer en la donacion defecto alguno de nulidad, ò fraude, y desestimãdo todo lo que en razõ de esto se avia alegado.

13 De esta sentencia pretende revocacion en lo perjudicial Don Geronimo de Sales, y que se le ha de declarar por parte legitima para la prosecucion de dicho pleyto, no obstante la dicha transaccion, declarãdola por ninguna, ò rescindiendola, y admitiendo el ofrecimiento por su parte hecho de sacar indemne à la otra parte de todo el interes, y perjuizio que se le siguiere por no subsistir la transaccion.

14 Siendo como es Don Geronimo de Sales dona-

natario vniversal de Don Miguel Luis de Togores, no es dudable que para la pretension de ser admitido à proseguir el pleyto que el dicho Don Miguel litigava, tiene por si la asistencia de reglas ciertas, y conocidas; pues mediante la donacion, y vniversalidad suya, se transmitieron en el todas las acciones, y derechos, que activa, y passivamente residian antes en el donador, *vt in l. cum filius*, *§. Lutio, ff. de leg. 2. notant* Girond. *de priuileg. quæst.* 241. *n.* 129. Marius Cutel. *de donat. tract.* 2. *discurs.* 1. *inspect.* 8. *à n.* 19. *& inspect.* 29. *n.* 16. Intrigliol. *decis.* 30. *n.* 2. Ioan. Bapt. Toro *voto* 35. *à n.* 20. Fontan. *de pact. nupt. claus.* 7. *gloss.* 3. *part.* 3. *num.* 24. *& part.* 7. *à n.* 56. Cancer. *variar. resol. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 134. *& cap.* 8. *n.* 68. Giurb. *decis.* 62. *n.* 33.

15 Y es tan eficaz, y absoluta esta transmission de acciones, que por ella afirman los Autores de mas segura opinion, que pueden los acreedores del donador convenir directa, y executivamente à el donatario vniversal, *prout affirmant supra relati, & cum pluribus* Amat. *resol.* 58. *num.* 13. Olea *de ces. iur. tit.* 3. *quæst.* 9. *num.* 6. *& vocant eum hæredem anomalum, prout* Raudens. *variar. resol. cap.* 38. *num.* 35. *siue hæredem contractualem, prout* Codex Fabrianus *lib.* 5. *tit.* 9. *diffinit.* 8. *num.* 4. Y aunque Fabro *in C. lib.* 8. *tit.* 36. *de donat. diffinit.* 4. *&* 5. fue de contraria opinion, se apartan del comunmente los Autores, *vt videre est apud relatos, & innumeros, quos referunt;* Fontan. y Cancer. *vbi supr. & lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 128. refieren diversas decisiones de el Senado de Cataluña, contra la opinion de Fabro, y asseguran no estar practicada, ni admitida.

16 Ni se podrà oponer, que estando pleyto pendiente entre D. Miguel Luis, y Don Geronimo Ballester, continuado despues, como se ha dicho con sus sucesso-

cessores, no pudieron comprehéderse en la donacion, ni aquellas cosas, sobre cuyo dominio se litigava, ni aquellas acciones que se auian deducido para pedirlas, pues vnas, y otras eran litigiosas; y su enagenacion prohibida absolutamente en derecho, *l. Diuus 5. ff. de petit. hæredit. l. alienationes 13. ff. famil. ercisc. cap. 2. de alienat. iudic. mut. caus. l. 1. & per tot. C. de litigios. l. 13. tit. 7. p. 3.* Ant. Faber. *in C. tit. de litigios. diffinit. 1. cum seqq.* Trentacinq. *lib. 2. variar. tit. de iudic. resol.* 17. Cancer. *lib. 2. variar. cap.* 12. Farinac. *in fragment. part. 2. verb. litigiosa à n.* 234. Ant. Virgil. *de legit. personar. in prælud. à num.* 93. & in terminis donationis est textus *in d. l. 2. C. de litigios.* ibi: *Donationibus, vel emptionibus,* vbi etiam Bella Pertica, & Odofredus, Boerius *decis.* 33. *n.* 2. Lancelot. *de atent. p. 2. cap. 4. in præfat. n.* 455. Roder. Suar. *consil. 7. n.* 32. Menoch. *de præs. lib. 2. præsumpt. 97. n. 20. &* 21. D. Valenç. *cons. 19. num. 32. &* 33.

17 Porque demas que la disposicion de la *l. litependẽte 2. C de litigios.* se halla limitada, ò corregida por la *auth. litigiosa*, y solo procede la prohibicion en las cosas, sin estenderse à las acciones, vt tenent Azor in summ. Hostiens. Gofred. Compostelan. & Innocent. *in cap. cum M. Ferriarens. de constitutionib.* Alberic. *in l. 1. C. Ne liceat potent.* Ioann. Franc. Pont. *consil. 6. num.* 14. Franc. Mar. Prat. *discep. forens. cap. 13. n.* 98. Qui testantur de receptiori, & quod pluries pro hac opinione fuit decissum.

18 Aun quando nos aquietassemos à la opinion contraria, y que la prohibicion de la *l. 2.* no estava corregida por la *auth.* como sienten Ant. Faber. *lib. 12. cõiect. cap. 12. vers. Sunt, qui reprehẽdant*, Paul. Gallerat. *de renunt. lib. 1. cap. 4. n.* 115. Capic. Galeot. *lib. 1. cõtrouers. 2. n.* 21. Todavia no procede esta opinion, quãdo la acciõ q̃ se auia deducido, y se cediò despues, era real, y de aquellas que competen por razon de dominio; Farinac. *in 2.*

*iuri.fragmentor.num.*250.donde despues de auer afirmado en el *num.*249.que el vicio de litigioso cōprehende igualmente las cosas,y las acciones,y impide la enagenacion *lite pendente*, de vnas, y otras, dize luego,ibi: *Quamvis contrarium, quod quando agitur de dominio, & sic actione reali, licet res ad quam agitur efficiatur per pendētiam litigiosa, & inalienabilis, non tamen litigiosa, & inalienabilis efficiatur ipsa realis actio voluisse videtur,* Cynus *in auth. litigiosa, n.* 4. *in fine,* & ibi etiam Alberic. *vers. Aut ergo quaritur*, vbi propterea dixit, quod licet actione reali res litigiosa alienari non posit, benè tamen cedi potest actio, aliud enim est inquit ipse, vitiū litigiosi, quod afficit actionē, & aliud vitium, quod afficit ipsam rem, & hāc Cini opinionem amplectitur Bonifacius de Vitallin. *in Clement.* 2. *vers. Quinta conclusio; vt litependente.*

19 Con que siendo la accion que Don Miguel auia deducido, y seguia contra Don Geronimo, vna peticion de la herencia de su padre, la qual es accion real, y vindicatoria, *vt ex textu in l. sed etsi* 25. *§. petitio, l. legitimā* 8. *l. si bona* 49. *ff. de petit. hæredit. l.* 3. *C. eod. l. pecuniæ* 178. *vers. Petitio, ff. de verbor. signific.* probant Ant. Pichard. *in §. actionum autem* 28. *instit. de actionib. q.* 30. *à num.* 7. Vlricus Hunnius *ad Treuthler. disput.* 14. Hes. 2. *quæst.* 7. y asi lo reconoce la parte contraria en su peticion de 14. de Mayo de 1659. fol. 58. B. no es dudable que estamos en los puntuales terminos de las doctrinas de Cyno, Alberic. y Farinac. y que conforme à ellas no se hizo litigiosa esta accion, ni huvo impedimēto para que se pudiesse transmitir en Don Geronimo de Sales.

20 Fuera de que aviendo sido vniversal la donacion hecha à fauor de Don Geronimo, no militan en ella la disposicion, y prohibicion de el titulo *de litigiosis,* Lancelot. *de atentat. cap.* 4. *num.* 470. Cephal. *consil.* 63.

num.

*num.*13.*lib.*1.Gratian.*discept.*781.*num.*21.& 22.Marius Cutel.*de donationib.tract.*2.*discurs.*1.*special.*19.*n.*23. vbi reddit rationem, quasi tunc non consideretur fraudandi consilium, ac donatarius loco hæredis habendus sit.

21 Y se pudiera adelantar esta razon *ex regula textus in l.final.ff.de fund.dotal.l.quædã, ff.de adquir. rer.dom.l.imodicis, ff.de contr. empt.l. operarum. ff.de oper.libertor.* donde aquellas cosas, que por su propria qualidad, ò naturaleza, ò por especial resistencia de derecho son enagenables, pueden todavia enagenarse, y passar, cum vniversitate bonorum Fabian. de Monte *de empt.& vendit.quæst.4.princip.n.*44.*quæst.*15.Ceruãt. *in l.*6.*Taur.num.*126.Hermosill. *in l.*15. *tit.*5.*part.*5. *gloß.*4.*num.*1.D.Salgad.*de concurs.part.*3.*cap.* 5. *n.* 4. *& per tot.*Marescot *lib.*2.*variar.resolut.cap.*55.*à n.* 6. vbi *num.*10.*Quod quando fit cesio vniuersalis, respectu rei, quæ sub se vniuersitatem continet, talis vniuersitas non resoluitur in singularitates, ad textum in l.* 1. *C.de euictionib.* y asi no ay disconformidad, ni repugnancia de derecho, para que aquella accion, ò cosas, que por si solas no se pudieran enagenar por razon del litigio, pudiessen comprehenderse en la vniversalidad de la donacion hecha por Don Miguel Luis, y mediante ella transferirse à D.Geronimo de Sales.

22 De donde nace, que no solo se trasfirieron en D. Geronimo aquellas acciones, y derechos que D. Miguel Luis tenia para pedir la herencia de el Conde su padre, sino tambien la instancia del juizio que estava contestado, y pendiente con Don Geronimo Ballester, pues no es dudable que el derecho de la instancia es transmissible, *l.cum hæreditas.ff.ad Senat.Consult.Trebell.l.in causæ.§.fin.ff.de procuratorib.* vbi Bart. & *in l. si cum hominem, ff.de fideiussoribus*, Bald. *in l. per diuersas, quæst.*14.*C.mandati,& in l.ex legato ad finem, C.de*

leg.

leg. Reg. Sessè *decis*.54.*n*.4. Fabio de Ana *consil*.108.*n*.32. Ponte *consil*.6.& 7. Giurb. *decis*.107. Marius Muta *decis*. 14. *per tot*. Noalis *de trasmis. casu* 55. *per tot*.

23 Porque aunque regularmente no passa la instãcia a el successor particular, Angel. *in l. tam ex contractibus, num*.2. *ff. de iudit*. Puteus *decis*.181. *lib*.2. Barb. *in l. quæ dotis*, §. *fin. ff. solut. matr*. Anna *alleg*. 14. Cauedo *decis*.198. *num*.5. *part*.1. & *decis*.97. *n*.7. *part*.2. Capic. Latr. *decis*.33. *num*.5. Reverter. *decis*.290. vbi *obseruatio Donat. Ant. de Marin*.

24 Esto no procede en el successor por donacion vniversal, como lo es D. Geronimo, mediante la hecha por Don Miguel à favor suyo, Socinus *in cap. venerabilis, num*.75. *de iudic*. Peregr. *de fideicommiss. art*.53. *n*. 20. Decius *in cap. quia, num*.6. *ff. de iudit*. y hablando en terminos de donacion vniuersal, afirman que se transfiere la instancia en el donatario, Andreas Georgius *alleg*. 33. *num*. 26. & 27. Fab. de Anna *consil*. 108. *n*. 29. Amat. *resol*. 86. *n*. 38. ibi: *Sublimita septimo, vt instantia cœpta transeat in donatarium omninm bonorum iurium, & actionum*.

25 Y esto es mas llano, hallandonos en vn juizio real, como lo era el que Don Miguel seguia contra Don Geronimo Ballester, vt probauimus supr. n. 19. porque en los juizios reales, es dotrina assentada, que passa la instancia aun à el singular successor, Bart. *in l. Lutius, §. rogatus, ff. ad Trebellian*. Paris. *consil*. 108. *num*. 3. *vol*. 1. D. Ioann. Francisc. Martian. *disput. forens*. 15. *n*. 28. Scip. Rouit *consil*. 82. *num*. 14. ibi: *Vltima limitatio casui nostro æque conueniens est, vt in iuditio reali, instantia transeat in singularem successorem, quæ opinio licet non careat contradictoribus in successore rei, an scilicet adversus ipsum transeat instancia, attamen in successore actoris, prout est casus noster, communis asseveratur à Socino Iun. consil*. 34. *num*. 13. *vol*. 3. quem refert Peregr.

artic.

art.53.num.25. que es dotrina puntual de nuestro caso, y lo mismo afirma Vlric. Hunn. *encyclop. part. 2. tit. 4. cap. 3. num. 7.* ibi: *Postremo instantia in iudicio reali, transit in successorem singularem, non etiam in iuditio personali*, Ioann. Mohædan. *decis. 1. aliàs 41. tit. de iudit.* Petr. Ferrar. *in pract. tit. de forma execution. sentent. diffinit. num. 28.*

26 Y esto mismo se esfuerça, y adelanta mas, considerando el tenor, y forma de la donacion hecho à fauor de Don Geronimo, la qual amplissimamente comprehende todos, y qualesquier derechos, que por qualquier razon, y causa, en qualquier forma le tocassen, en cuyos terminos es comun, y cierta resolucion, que se comprehende tambien, y se entiende transferido el derecho de la instancia, *gloss. in l. causæ, §. fin. ff. de procuratorib.* Pont. *consil. 6. num. 19.* Giurb. *decis. 84. num. 12. & decis. 107. num. 5.* Rovit. *consil. 82. num. 12. & 13.* Portoles ad Molin. *§. actio, num. 38.* Ioann. Bapt. Toro *in cõpend. part. 1. verb. Instantia litis, fol. 272.* Amato *resol. 86. num. 40.* Carpan. *ad statuta Mediolan. tom. 1. cap. 21.* los quales hablan tambien en terminos de la clausula, *ponens eum in locum suum*, la qual ay en la dicha donacion.

27 Y aunque *Gratian. discep. 906. n. 15.* sintiò, que aun en los casos en que es licita la cessìon, ò donacion *litependente*, se deve proseguir el juizio con el mismo donador, y no con el donatario, *ex* Innocent. & Abbate *in cap. 2. de alienat. mutand. iudit. cau. fact.* Y lo mismo parece que insinua Marius Cutel. *de donationib. tract. 2. discurs. 1. special. 20. sub num. 23.* estas opiniones no proceden, quando expressa, ò tacitamente se transmitiò el derecho de la instancia, como en nuestro caso porque entonces puede el donatario proseguir el pleyto, y con el se deue litigar, y fenecer la instancia empezada con el donador, como resuelve D. Alonso de Olea *de cess. iur. tit. 3.*

quæst. 11.*num.*14. donde auiendo disputado la question, y entendido las Dotrinas de Innocencio, y Abbad, quãdo no huvo transmission de la instancia, dize luego: *Si vero ius instantiæ, vel expresse, vel tacite simul cum actione cedatur, verius dicerem, cessonarium ipsum litem suscipere posse:* y en el num. siguiente responde à la *auth. nunc si hæres, C. de litigios.* que es el vnico fundamento de las dotrinas que parecen contrarias.

28 Y aunque Olea no refiere dotrina, ni authoridad alguna para esta resolucion, es terminante, y expressa la *decis.*65 de Marco Ant. Thomat. en que despues de auer referido à Innocencio, Abbad, Graciano, y otros que niegan al donatario la prosecucion de el pleyto, limita estas dotrinas en nuestro caso, y en el numero final, dize: *Vel in casu vbi cessionarius sit positus omninò in locum cedentis cum clausulis amplissimis, & ab eo constitutus procurator in rem suam, quia tunc transivit instantia.*

29 De donde nace, que hallandose Don Geronimo dueño de la instancia de este pleyto, es parte formal para proseguirle, y tiene por si la regla en la firmeza irrevocable de su donacion, la qual auiendo sido como fue en su principio perfecta, no se pudo despues irritar, ni variar por acto alguno expresso, ò tacito, que hiziesse el donador D. Miguel Luis, *ex l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub mod. l.* 5. *C. de reuocand. donat. l. non id circo, C. de contrahend. empt. l. sicut* 5. *C. de obligat. & action. l. eo quod* 10. *C. si certum petatur*, ibi: *Negotij gesti pœnitentia contractum rectè habitum non constituit irritum, l. irritam* 3. *C. de vsucap. pro donat.* ibi: *Irritam facere donationem perfectam, nemini licet,* Bald. *cons.*381. *lib.*4. *& cons.*277. *lib.*3. D. Covarub. *lib.*1. *variar. cap.*14. *& lib.*2. *cap.*23. Hermosill. *in l.* 8. *tit.* 4. *p.*5. *gloss.*1. *num.*1. Acosta *de priuileg. creditor. regul.* 1. *ampliat.*4. *n.*6 D. Iuan del Castillo *lib.* 3. *controuers. cap.*10. *per tot.* Fontanel. *de pact. dotalib. claus.*11. *gloss.*

vnic.

*vnic.num.*17.Sesse *decis.*185.*à num.*1.*lib.*1.Ioan.Bapt. Thoro *vot. decis.* 29.*n.* 4.Amat. *resol.*26.D.Christoph. Suelves *cons.*56.*num.*7.*lib.*1.Ciriac.*controuers.* 128.*n.* 40.Giurb.*obseruat.*43.*num.*2.*&* 5.*& per tot.*Ioan.Frãcisc.Andreol.*controuers.*134.*n.*88.*&* 113.

30 Y es tan precisa, y invariable la forma, y observancia de vna donacion perfecta, que aun por otra segunda donacion hecha à fauor de el mismo donatario, no se considera aumentado su derecho, ni añadida fuerça à la primera donacion, vt in pulchro casu Cancer.*p.*1. *cap.*8.*ex n.*135.& benè Xamar *rer.iudicat.part.*1.*diffinit.*34.*à principio*; y el mismo Cancer.*vbi supr.n.* 180. afirma, que aun declarar la donacion dudosa no puede el donador despues de perfecta, lo qual comprueba con muchas dotrinas.

31 Y en nuestro caso se halla calificada la justicia de la donacion hecha à favor de D.Geronimo, por la misma sentencia, en que se desestimaron todas las oposiciones de nulidad, y simulacion que se auian ponderado contra ella; *verba sunt sententiæ*, ibi: *Cæterum spreta nullitatis donationis exceptione cum nullum videatur defectum nullitatis pati, necnon etiam fraudis præsumptione, quæ ex dictis, & alijs coniecturis (cum præcipuè aliæ dentur, & reperiantur in contrarium ad illam excludendam) non concluditur.*

32 Y no auiendose interpuesto apelacion por la otra parte de esta determinacion, es llano que en quanto à ella tiene Don Geronimo cosa juzgada, *ex l. ab solutionem, C. de re iudic. l. ab eo, C. quomod. & quando iudex. l. final, C. de sentent. quæ sine certa quant.* ibi: *Cũ igitur is, qui iudicabat contra te sententiam protulerit, nec ab statutis prouocaueris ipsa, suo facto confirmasti iudicatum; l. hi qui 7. C. de appellat.* ibi: *Si appellationis auxilio non vtantur consensu suo nominationem confirmant*, Scacia *de appellat. quæst.*17.*limit.*2.*à n.*69

Giurb.

Giurb.*deciſ.70.num.*12.Laurent.Vrſel.*concluſ. legaliũ. concluſ.*129.*à num.*301.Matth.Berlich.*pract.concl.p.*1. *concluſ.50.n.130.& ſequentib.*Paul.Galerat.*de renunt. lib.5.cap.16.à num.*11.

32 Lo qual procede aun en terminos de que el no auer apelado fueſſe por negligencia de el procurador, *ut ex l.*1.*§.fin.ff. quando appellandum ſit*;probat Fontanella *deciſ.*196.*num.*2.*tom.*1.*& ex* Bart.*in l.*1.*§.ſi procurator.n.*4.*ff.ſi quis ius dicenti non obtemp.* Cancer. *p.* 2.*variar.reſol.cap.*14.*n.*25,& ex Vincent. de Anna *ſingular.*607.Hodierna *in additionib. ad deciſ.*4. *Surd. num.*42.

33 Ni ſe puede ocurrir à eſte defecto, ni ſuplir la apelacion en quanto à eſta parte de la ſentencia, con ſolo auer alegado fundamentos contrarios à ella, impugnando la donacion, que es lo que ſe ha hecho por parte de Iayme Togores, en ſu peticion de primero de Iunio de 665.donde ſin alegar en la queſtion principal, y controverſia de eſte pleyto (no ſabemos con que dictamen) ſolo inſiſte en ponderar congeturas de ſimulacion, y preſumciones de fraude contra la donacion, y teniendo en eſto contra ſi la ſentencia, no apela de ella, antes pide abſolutamente que ſe confirme, agraviandoſe ſolo de la reſerva hecha à favor de Don Geronimo.

34 Y que no ſea baſtante alegar contra la ſentencia, para ſuplir la apelacion es llano, pues para la apelacion de ſentencia difinitiva, ſe requiere eſpecifica, y formalmente eſta palabra *apelo*, Lanfranco *in prax. verb. Interlocut.verſ.Vnum tamen,* Angel.*in l.errore,C.de teſtib.*y refutando à Scacia *de appellat. quæſt.*4.*artic.* 2. lo afirma Ruginel.*de appellat.§.*2.*cap.*4.*num.*3.ibi: *Et licet hanc ſententiam noſtram improbet Scacia vbi ſupra num.7.per ea, quæ ipſe retulit, num.*10.*&* 11.*tamẽ vbi agitur de appellatione à diffinitiua, non rectè locutus eſt; poſtea quam D.D. ab eo citati de interlocutoria ver-*

verba fecerunt; sciendum est appellantem necessario vti debere his verbis provoco, appello, &c. aliàs nulla efficeretur appellatio. Y Fontanela *decis.* 412. *num.* 7. assintiendo à la misma opinion, dize: *Nunquam enim vidimus, aut audiuimus senatum, vel in causis appellationum, vel in causis supplicationum reformasse sententias in fauorem appellati, aut supplicati ipso non petente.*

35 Assentados estos firmissimos principios, de que la donacion hecha à Don Geronimo de Sales fue irrevocable, y perfecta, y no pudo variarse despues por acto alguno, tacito, ni expresso de D. Miguel Luis, y que sobre la perfeccion de esta donacion, ay cosa juzgada, cuya excepcion obsta en fuerça del consentimiento tacito de la sentencia, y de la renunciacion virtual de la apelació; y que mediante la vniversalidad de la donacion, y exuberantes clausulas suyas, se transfiriò à D. Geronimo la instancia del pleyto que antes litigava D. Miguel; parece que la mas segura formalidad de la defensa consiste en satisfacer, y confutar los fundamentos contrarios, *ex* Bald. *doct. in l.* 4. *C. de impub. & alijs subst.* y hallando los referidos por via de motivos en la sentencia, podremos mas facilmente cumplir ambos preceptos de Iulio Severiano, quem refert Vossius *instit. oratoriar. l.* 3. *cap.* 4. §. 9. ibi: *Proposito eo, quod aduersarius dixerit respondebimus duobus modis, aut non esse id, aut non ideo nos vinci debere*; y assi procederemos por el mismo orden de la sentencia, respondiendo à sus motivos, cuya debilidad es su mas fuerte impugnacion: *Nam vt dicebat* Dyonisius Halycarnas. *dicere solutu facilia, & quæ facile invertantur, illud quidem imbecilitatis est, hoc vero periculum affert.*

§. *Primus Sententiæ.*

36 *Quia tamen de iure traditum est debitorem*

cessum post factam cessionem à creditore; etiam mandatis actionibus, per quæ directarum actionum exercitium in cessonarium transfertur, & inutiles inefficaces, & demortuæ remanent directæ actiones apud cedentem, cum creditore cedente, data iusta debitoris cessi ignorantia posse transigere, etsi à cessonario conueniatur debitum exigere volente, exceptio trãsacti negotij debitori propter ignorantiam suam acõmodatur, vt in venditore hæreditatis, & debitore illius venditionem ignorante exemplo traditur, quod, & similiter in donãte, & debitore illius donationem ignorante, cum nulla videatur posse ratio diuersitatis assignari, dicendum, & acommodandum est.

SATISFACIO.

37 Para responder a este primer motiuo de la sentencia, que es en el que mas confiadamente han estribado siempre las otras partes, parece precisso referir el texto de cuya decission se ha formado que es *la ley fin. ff. de trãsactisnib.* y dize assi: *Véditor hæreditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario qui ignorábat venditam esse hæreditatem, transegit, si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio trãsacti negotij debitori propter ignorantiam suam accommodanda est.* Esta ley se ha imaginado, y aun querido persuadir, que es decissiua de nuestro caso; pero procuraremos manifestar con euidencia, que no le trata, ni puede adaptarsele, y que para auer hecho fundamẽto de ella, se han confundido las especies, y se ha violentado la razon de decidir.

38 La especie desta ley es, que vn heredero despues de auer vendido la herencia transigiò con vn deudor hereditario, el qual ignoraua que la herencia estuuiesse ven... quiso despues el comprador cobrar, y proponiendo-

se

se èste caso al Consulto, respondiò, que aprouechaua al deudor la excepcion de la transaccion celebrada con el vendedor de la herencia.

39 La razon de decidir de esta ley es, que el deudor de quien se haze mencion en ella estaua obligado por accion personal, como entiende y explica Parisius *in additione ad* Barthol. *super eadem lege*, ibi: *Illud intellige de debitore, & de actione personali:* y como el heredero aun despues de auer vendido la herencia, y cedido esta accion personal que tenia contra su deudor: conservava la acciõ directa, pues solo auia transferido la vtil, *ex alleg. 5. Cod. de hæreditat. vel act. vẽdit.* quæ in casu loquitur, de aqui naze, que en fuerça de la accion directa que conservaua, pudo legitimamente transigir con el deudor, pues no es dudable, que por esta misma razon pudiera tambien cobrar de el, y conuenirle en juyzio sobre la paga, *ex his quæ scribunt.* Barthol. *in leg. facta, §. si hæres, ff. ad Trebellian. & in leg. si cum emptore, ff. de pactis,* Trentac. *lib. 3. var. resolut. 14. de solutionibus, n. 1.* Paul. Galler. *de renuntiat. lib. 1. cap. 4. num. 83.* Scacia *de Comertijs, §. 2. gloss. 5. num. 265.* Vlricus Hunnius *resol. ciu. lib. 4. tractat. de actionib. part. 7. quæst. 5.*

40 Veamos aora, si esta especie, y esta razon de decidir conuienen a nuestro caso, pues valiendose desta ley la sentencia por exemplo, ibi: *Vt in venditore hæreditatis, & debitore illius venditionem ignorante exemplo traditur.* Si manifestassemos diuersidad entre los terminos de esta ley, y los de nuestro pleyto cõsiguiriamos la mas acertada defensa en el sentir de Fontanel. *decis. 597. num. 2.* ibi: *Qui est melior defendendi causas de mundo modus, quando sunt exemplaria contraria, probare diuersitatem casuum, cum minima mutatio facti mutet totum ius.*

41 Que sea diuersa la especie desta ley, de la de este pleyto, es innegable, porque la ley habla en el Comprador

prador de vna herencia; el qual es sucessor particular Paul. de Castr. *in leg. hæreditatem, num. 2. ff. de Donationib.* Cancerius *part. 1. cap. 8. n. 68.* Y nuestro pleyto es en terminos de vn donatario vniuersal, que aunque verdaderamente no sea vniuersal sucessor (porque para esto no es medio proprocionado la donacion, siendo contracto, y titulo singular *leg. hæreditas, Cod. de pact. conuent. leg. fin. Cod. de pactis.* D. Molin. *de Hispanor. primogenijs, lib. 1. cap. 14. n. 6.*) con todo esso por ser tan pleno su titulo, se equipara tanto al sucessor vniuersal, que como se dixo *supra num. 15.* le llaman los Autores heredero contractual, ò anomalo, y le consideran con vezes, y representacion de heredero, *vt supr. num. 20. in fin.* conque no se forma legitimamente, ni procede el argumento de lo que la ley decidiò en terminos de vn comprador de herencia que es sucessor singular, para inferir lo que deue decidirse en tèrminos de vn donatario vniuersal, que se tiene por vniuersal sucessor, ni puede este modo de argumentacion producir consequẽcia que venza, ni aun persuada, ex his quæ bene explicat Nicol. Euerard. *in locis argum. loco 15. & 16.*

42 Manifiestase mas esta diferencia con las que notã los Autores entre el comprador de la herencia, y el donatario Vniuersal, pues en el comprador no se transfieren las acciones personales pasiuas, ni pueden directamente conuenirle los acreedores hereditarios, *leg. 2. C. de pactis, leg. 2. C. de hæredit. vel action. vend.* Mantica *de tacit. & ambig. lib. 4. titul. 10. num. 20.* Cap. Larr. *decis. 15. num. 4. cum multis* Olea *tit. 3. quæst. 9. num. 20.* Hunnius ad Treutler. *volum. 1. disp. 28. thesi 4. q. 25.* aunque por derecho especial de Castilla procede lo contrario, como afirma Hermosilla *in leg. 13. tit. 5. part. 5. glos. 5. numer. 10.* y por equidad canonica, como sienten Gratian. *discept. 204. a num. 36.*

Pero

43 Pero en el donatario vniuersal passan estas acciones, en cuya virtud los acreedores del donante pueden directamente conuenirle, como por las mas seguras, y practicadas opiniones hemos fundado, *sup. num.* 15. y como siente Mercurial Merlino *de pignor. lib.* 4. *tit.* 5. *quæst.* 143. ibi: *Et fuit ratio, quia donatio omnium bonorum, sapit naturam tituli vniuersalis, & propterea appellatur donatarius successor vniuersalis.*

44 Diferenciase tambien, en que el derecho de la instancia no se transfiere al comprador de la herecia, por ser successor particular, *vt ex pluribus probavimus sup. num.* 23. & vltra ibi relatos Ioann. Francisc. Marcianus *disput. for.* 15. *ex num.* 1. *tom.* 1. Pero se transfiere en el donatario vniuersal, vt probant Socinus, Decius, Peregrinus, *& alij relati num.* 24. *& idem Marcian. dicta disput.* 15. *num.* 2. Y assi es euidente la diuersidad que ay, entre donatario vniuersal, y comprador de herencia, pues el mas pleno titulo, y q̃ assiste al donatario produce a su fauor mas efectos, y le haze mas priuilegiado, con que se conuence, que valerse como de exemplo de la ley final para nuestro caso, es lo mismo que formar vn argumẽto afirmatiuo *inter dissimilia*, el qual es inepto, y inconsequente.

45 Y quando en la ley final, se mire al comprador, como cessionario por aquellas palabras *mãdatis actionibus*, hallaremos tãbien la diferencia entre aquel texto, y nuestro caso, por la que ay entre la cession, y la donacion, pues la cession por si sola, no es contracto, sino vn modo de traslacion à que dà causa otro contracto, cuya naturaleza sigue como parte accessoria suya, vt notat Olea *tit.* 1. *quæst.* 1. *num. fin.* pero la donacion es contracto por si conocido, y nominado, sin dependencia, ni conexidad de otro acto. La cession se haze vnas vezes en vtilidad del cedẽte, otras del cessionario, y algunas de ambos, pero la donacion siempre cede en vtilidad del do-

natario, pues el donante no tiene mas interes que la liberalidad que exerce, la cession no es titulo translatiuo de dominio, *vt ex Baldo in leg. penult. C. de hæred. vel act. vendita, & ex alijs iuribus, & aucturibus tenet* Leon *decis. 70. num.* 10. & 12. pero la donacion no puede dudarse que es vno de los modos de adquisicion de dominio, que el derecho conoce, y aprueba; y estas diferencias que procede respecto de qualquier donacion, son mayores respecto de la vniuersal que es mas plena que todas, con que en todas consideraciones se halla, quan distantes son los terminos de la ley final, y no adaptables à los de nuestro pleyto.

46 Tampoco puede adaptarse la razon de dezidir de esta ley, à el caso de nuestro pleyto, ni considerarse para su determinacion; porque en el caso de la ley final, era la question sobre vna accion personal, con que estaua obligado vn deudor de la herencia, y en nuestro pleyto la question es sobre vna accion real, y vindicatoria, cõque Don Miguel pedia à Don Geronimo Ballester, la restitucion de los cuerpos, y bienes hereditarios, en q̃ por muerte de su padre, y en virtud de su institucion auia succedido, como hemos prouado *supra numer.* 19. & 39. y los Autores que mas aplicadamente han tratado la materia de la ley final reconocen que su determinacion solo procede en los terminos de accion personal en que habla, sin que pueda estenderse a los de accion real, *vt post Parisiũ in addit. ad Bart. quem supra retulimus, tenent* Thesaur. *decis. 201. num. fin.* Riccius *collect.* 3196. *versic. Amplia nono* Laurentius Vrselius *in exam. apum. conclus.* 39. *num.* 14. Galleratus *de renuntiat. lib.* 1. *capit.* 4. *num.* 24. *vbi ex Angelo in leg. si cum emptore ff. de pact. dicit esse notabilem declarationem;* Bertaçol. *de clausul. clausul.* 29. *gloss.* 4. *numer.* 6. *versicul. Quarto limitatur*, que son todos lugares puntuales, y expressos.

47 La razon que constituye esta diferencia, nace, de que las acciones personales, cuyo precisso origen es de contracto que diò causa à la obligacion, siguen siempre la persona del contrayente à quien se adquirieron, ò la de su heredero, que mediante la representacion se considera vna misma, residiendo en ella tan in separablemente que no ay modo bastante à poder diuidirlas; *vt explicant* Ossuald. ad Donellum *lib.* 21. *cap.* 2. *lit.* G. Bald. *in leg. ex legato num.* 3. *Cod. de leg. vbi, quod numquam personalis actio potest migrare de subiecto in subiectum* Anton. Faber. *lib.* 20. *coniect. cap.* 9. Olea *de cession. iur. titul.* 6. *quæst.* 10. *num.* 5. Gallerat. *de renuntiat. lib.* 1. *cap.* 4. *numer.* 44. Lo qual explicaron algunos Autores con la comparacion del caracter, *vt loquitur* Carleual. *tit.* 3. *disputat.* 26. *num.* 1.

48 Pero esto no procede assi en las acciones reales, cuya causa eficiente es el dominio, à el qual siguen passando juntamente con èl à quantas personas se transfiere, de manera, que como alegando a Bald. *in leg. fin. Cod. de legat.* dixo Iuan Bapt. Thor. *in Cod. rer. iudic. casu* 35. *num.* 27. *ius reale non est infixum ossibus, sicut actio personalis.* Y assi es mas facil, y efectiua la traslacion de las acciones reales, por ser menos vnidas, y mas separables de la persoua. Explica bien esta distincion Bertaçolo *dict. clausul.* 29. *gloss.* 4. *num.* 6. *versic. Quarto limitatur*, ibi: *Quarto limitatur procedere in actionibus personalibus, quæ inhærent ossibus creditoris, secus in realibus, quæ concomitantur possessorẽ, vnde his cessis, non poterit cedens agere contra possessorẽ, ita Baldus, quem ibi sequitur Salicet, in leg. qui tibi Cod. de hæredit. vel act. vendit.*

49 De donde nace, que en la ley final aunque el heredero auia vendido la herẽcia, y cedido la accion personal contra el deudor hereditario, pudo despues transigir con el, vsando de la misma acciõ directa que no auia

po-

podido separarse de su persona, ni transferirse al comprador. Pero en nuestro caso auiendo Don Miguel Luis hecho donacion à D. Geronimo de Sales de todos sus bienes, y de la accion real que tenia para pedirlos que estavan en poder de D. Geronimo Ballester, que tābien eran suyos, no pudo despues transigir sobre la accion que ya no le tocaba, pues mediante la donacion se auia transferido totalmente en el donatario, siguiēdo el dominio de las cosas donadas.

50 Ni podrà ser oposicion importante el dezir, que en nuestro caso aunque se transfiriesse a Don Geronimo de Sales la accion real que Don Miguel Luis tenia contra Don Geronimo Ballester, no por esso se le aquiriò el dominio de los cuerpos, y cosas hereditarias, *ex doctrina* Bald. *in leg. ex nominis* 8. *Cod. de hæredit. vel act. vendit. & ex leg. qui tibi* 6. *eodem tit.* Marta *in compilat. deciss. part.* 3. *verbo Cessio capit.* 2. Hunnius ad Treutler. *volum.* 1. *disput.* 28. *thes.* 4. *quæst.* 24. Lassart. *de Gabel. cap.* 4. *num.* 40. Galleratus *de renuntiat. lib.* 1. *capit.* 4. *num.* 56. Los quales resueluen, que aunque por cessiō, venta, ò donacion se transfiera la rei vindicacion, no por esso se entiende transferido el dominio, con que auiendo este quedado en Don Miguel Luis, se dirà, que en fuerça de èl, pudo transigir sobre las cosas, cuyo dominio conseruava.

51 Porque demàs de auer graues Autores, que no sin fundamento han dicho lo contrario, y que la adquisicion sola de la accion real, es bastante para adquirir el dominio, vt tenuit *gloss. in leg.* 1. *in princip. ff. de edendo vbi etiam* Cinus, & Aço. *quem refert glossa in leg. planè, ff. familiæ ercis. in quod etiam videtur inclinare* Lassart. *vbi sup.* Alexand. *cons.* 103. *tom.* 6.

52 Se responde, que las doctrinas contrarias proceden, y son seguras en caso que solo intervino modo bastante à transferir la accion real, y vindicatoria por ser

ella

ella ſola,la que ſe cedia, vendia,ò donaua,pero no huuo modo eficaz para la translacion del dominio; con que preciſſamente huuo de conſeruarſe en la perſona en que antes reſidia.

53 Pero en nueſtro caſo no puede dudarſe que huuo modo translatiuo del dominio de los bienes hereditarios,pues lo fue la donacion vniuerſal en que ſe comprehendieron,interueniendo tambien el con ſtituto (de cuya fuerça, y efectos trataremos en el motiuo de la ſentēcia,donde ſe toca) y aunque eſto ſolo era baſtāte para que auiendoſe donado los bienes ſe entendieſſe transferida tambien la accion real que pertenecia para pedirlos, Anell. Amat. *conſ.93.ex num.73*. Olea *de ceſſ.iur.tit.4. quæſt.7.à num.1*. con todo eſſo ſe halla en la donacion clauſula expreſſa, en que ſe dize, *iura, credita, vices, voces, rationes, ac actiones*, cuyo efecto es transferir,y paſſar al donatario todas las acciones, y derechos tocantes, por razon de las coſas donadas, ò para conſecucion ſuya, vt ex Antonio Gomez, Bertazol. Parlador. & alijs tenet idem Olea *vbi ſupr.num.6*.&Galleratus *de renūt. dict.cap.4.num.35*. Con que no es dudable que quanto derecho huvo, y podia conſiderarſe en D. Miguel Luis, ſe adquiriò integramente à Don Geronimo de Sales,pues por la donacion ſe le transfiriò el dominio de las coſas, y por la clauſula eſpecial todas las acciones para pedirlas,y aſsi en el donador, no quedò derecho alguno que pueda juſtificar la tranſaccion que deſpues hizo ſobre coſas, y acciones que ya ſe hallauan totalmente agenas.

54 Y lo que de todo punto excluye,qualquier apariencia de dificultad que quiera formarſe de la ponderacion de eſta ley, y aparta ſu deciſsion de nueſtro caſo, es la comun, y ſegura diſtincion,con que los Autores proceden,conſiderando, que la ceſsion algunas vezes ſe haze por vtilidad ſola del cedente,y otras por la del ceſsionario,y muchas por la de ambos. Y en el primero,y tercero

de estos casos cuyo exemplo ponen quando la cessiõ es accessoria del contracto de vendicion, como en los termi nos de la ley final resueluẽ, que puede el vẽdedor en virtud de las acciones que residẽ en el, perjudicar à el comprador, y cessionario por qualquiera acto de exaccion, trãsaccion, ò liberacion, sino huuiere interuenido antes alguno de los requisitos expressados en la *ley 3. Cod. de nouationib. vt ex* Barth. *in leg. facta §. Si hæres, ff. ad trebelian. & in leg. si cum emptore ff. de pact. Angelo Romano, & alijs affirmat* Olea *titul. 8. quæstion 2. num. 12.*

55 Pero en el segundo caso de los tres referidos, cuyo exemplo es el de la donacion, pues todo su efecto, y substancia se dirige à la vtilidad sola del donatario, que son los terminos de nuestro pleyto, es resolucion firme, q̃ no puede el donante por alguno de los medios referidos perjudicar a el donatario *sic ex Barth. in dict. leg. si cum emptore tenet* Merlinus *de pignorib. lib. 2. tit. 1. quæst. 32. num. 29.* Duran. *decis. 99. num. 1.* Gaito *de credito cap. 2. tit. 3. num. 439.* Francisc. Mar. Prato discept. *Forens. 8. num. 26. qui plures allegant.*

56 Conque se manifiesta la precissa razon de que en la ley final subsistiesse la trãsaccion hecha por el heredero en perjuyzio del comprador de la herencia, pues alli la cession fue causatiua, y accessoria de vn contracto de compra, y venta, en que ay vtilidad de ambos contrayentes, lo qual no acontece assi en nuestros terminos, dõde auiendose contemplado en la donacion solamente la vtilidad de Don Geronimo de Sales, no pudo D. Miguel Luis por la transaccion posterior perjudicarle, como expressamente afirman los Autores referidos, y muy en el proposito Iuan Philipo Testay, *alleg. 12. numer. 11.* ibi: *Quod si aliter diceremus, esset in arbitrio donantis, post donationem, & factam cessionem, fraudare donatariũ confitendo, vel transactione, pacto, liberatione, aut aliter,*

ter, quod facere non potest post ius quæsitum, & plures, pro hac sententia adducit.

57 Esfuerçasse mas esto con otra proposicion, que con igual firmeza asseguran los Autores, y es, que quando la donacion, y cessi on se hallan hechas con clausulas vniuersales, y plenas, como las que contiene la donacion hecha à Don Geronimo de Sales, entonces no le queda à el donador facultad, ni derecho para hazer acto alguno gratuito, ni oneroso que pueda ser perjudicial à la donacion antes hecha, lo qual procede de q̃ la eficacia, y fuerça destas clausulas vniuersales, impide todo el exercicio, y efecto de las acciones directas, de tal suerte, que aun en los casos que no se transfieren à el donatario, quedan de todo punto ineficazes, y inutiles en el donador, y verdaderamente como sino quedassen, en tanto grado, que si en esta especie el deudor de la cosa donada, ò cedida, ignorando con buena fee la donacion, pagasse despues de ella à el donador, no se libraria de la obligacion por esta paga para dexar de ser conuenido despues por el donatario, Iaso *in leg. si cum emptore ff. de pact.* Cõsta *de portion. rat. quæst.* 212. Merlinus *de pignorib. lib. 2. quæst.* 32. *ex num.* 38. Cencius *de censib. quæst.* 67. *ex num.* 6. & *quæst.* 109. *ex num.* 31. Vincent. de Ana *singul.* 486. Muta *decis.* 14. *num.* 9. Olea *titul.* 8. *quæst.* 2. *num.* 29. Arias de Mesa *lib.* 1. *variar. resolut. cap.* 19. *numer.* 6. D. Salgad. *in labyrint. credit. part.* 1. *cap.* 27. *num.* 62. Prato *disceptat.* 8. *ex num.* 26. Los quales refieren otros inumerables.

58 Y vltimamente se acredita la justicia de D. Geronimo de Sales, y se desvanece la oposicion de la *la ley fin. de transact.* atendiendo à que en la especie de aquella ley, no interuino circunstãcia, que mortificasse, ò impidiesse el efecto, y virtud de las acciones directas, que aun despues de vendida la herencia quedaron en el heredero, el qual pudiera en aquel caso convenir al deudor

dor hereditario, pudiera admitir la paga, y darle liberacion, vt ex Barth. Trentacinq. Gallerat. Scacia, & Hunnio probavimus supr. num. 39. y por esso pudo transigir sobre la accion que podia mouer, y cantidad que podia cobrar.

59 Pero en nuestros terminos, donde ni Don Geronimo Ballester pudiera conseguir liberacion, aun por la solucion verdadera que hiziesse à D. Miguel Luis, despues de la donacion de Don Geronimo de Sales, vt supr. num. 57. Ni Don Miguel Luis pudiera, despues de auer hecho esta donacion proseguir el pleyto contra D. Geronimo Ballester, assi porque mediante la donacion se transfiriò el derecho de la instancia, deuiẽdo proseguirse con el donatario, vt ostendimus supra ex num. 22. como porque siendo aqui la cesion accessoria de la donacion, y en beneficio, y vtilidad de solo el cessionario, le obstaria siempre à Don Miguel la excepcion factæ cessionis, & carentiæ actionis, prout ex Sfortia, Carleval, Acosta, & alijs probat Olea *dict. titul. 8. quæst. 2. n. 27.* Es innegable, y claro, que no pudo ser parte para remitir, quien no pudiera serlo para cobrar, y que quien ya no era persona legitima para litigar, tampoco lo pudo ser para transigir. Y assi parece, que de todo punto se ha satisfecho à este primer motivo de la sentencia.

§. Secundus Sententiæ.

Et in hoc casu certum est D. Hieronymum Ballester de Togores, tempore transactionis gestæ, cum dicto Don Michaele Ludouico donatore, donationem per eum factam Hieronymo de Sales iustè ignoraße.

SATISFACTIO.

60 Mas breve, y facil satisfacion tiene este segundo motivo, donde el auer ignorado Don Geronimo Ballester la donacion hecha por D. Miguel Luis à fauor de

Don

Don Geronimo de Sales se quiere tener por causa, y fundamento bastante; para que en fuerça del, se mantenga la transaccion que se executò con esta ignorancia.

61 Parece que tocava à la satisfacion de este motivo, el tratar de si la ignorancia, y buena fee de los contrayentes, ò vno de ellos, es bastante à dar fuerça al contracto, que por si es ninguno, conservandole aun en perjuizio de tercero, pero es tan dilatada esta question, y contiene tantas distinciones, y casos, que si los disputàsemos con aplicacion en este papel, nos succederia lo que dixo Quintiliano *lib. 5. cap. 10.* habiando de los que sin ser necessario quieren examinar con impertinencia prolixa puntos muy dilatados. *Quod qui facere sunt conati, duo pariter subierunt incommoda, vt & nimium dicerent, nec tamen totum.*

62 Tratan esta question muchos textos, vt videre est in *leg. vltima, §. vltimo, ff. de legat. 2. leg. Imperatores 3. §. fin. ff. de transactionib. leg. si post Constitutam 22. ff. de Constituta pecunia, leg. si tibi decem, §. fin. ff. de pact. leg. si actionem, C. de pact. leg. si quid possessor, §. fin. ff. de petition. hereditat. leg. fugitiuus in fin. ff. de solutionib. leg. pater filium, vers. Idem quæsijt, ff. de legat. 3.* Y explicando estos textos, cuyas deciliones no son conformes, lo trataron copiosamente Mantic. *de tacit. & ambig. titul. 26. lib. 5.* Carleval. *lib. 3. disput. 26. ex num. 4.* Marescot. *lib. 2. variar. cap. 17. per totum,* Ponte *cons. 38.* Gallerat. *de renuntiat. lib. 1. cap. 10. à num. 18.* Ciriac. *contr. 236. à num. 24.* D. Salgad. *de concurs. p. 1. cap. 27. ex num. 50. & p. 2. cap. 9. ex num. 33. & cap. 22. ex num. 12.* Olea *de ces. iur. titul. 1. quæst. 1. ex num. 21. & titul. 5. quæst. 9. ex num. 4.*

Y de las propoſiciones, y reſoluciones de todos pondremos aqui las que ſean proprias de nueſtro caſo, y baſtantes à convencer eſte motivo de la ſentencia.

63 Sea la primera la diſtincion que para eſte punto conſtituyen los DD. entre ſolucion, y cõtracto, conſiderãdo por muy diverſas queſtiones, y muy diſtintos terminos, el ver ſi la verdadera ſolucion hecha con juſta, y probable ignorancia, al que no era acrehedor verdadero, ſerà baſtante para librar de la obligacion al deudor, ò ſi el contracto hecho, con quien no tenia el verdadero dominio, ò derecho, podrà ſubſiſtir en fuerça de la juſta ignorancia contra el verdadero ſeñor, y en ſu perjuizio. Aſſeguran, y ſiguen eſta diſtincion, Felin. *in cap. final, de accuſat.* Bald. *in cap. nihil, num. 22. de electíon.* Iaſ. *in l. ſi vrbana, num.* 11. *verſ. Sed alienationes, ff. de condict. in debit.* Sfort. Odd. *de reſtitut. 2. part. quæſt. 52. artic. 3. num.* 22. Anton. Gabr. *commun. concluſ. tit. de probat. concluſ.* 8. *num.* 6. *in fine.*

64 En el primer caſo, y en terminos de ſolucion verdadera, hecha à perſonas menos legitimas, pero con juſta ignorancia es cierto que ſubſiſte, y produce liberacion al deudor, *leg. fugitiuus, in fin. ff. de ſolutionibus, leg. filiæ* 88. *ff. eodem, leg. ſi vrbana, ff. de condict. indebit.* Surd. *conſ.* 43. *à num.* 1. *& deciſ.* 229. Cancer. 2. *part. variar. cap.* 6. *à num.* 37. Ciriac. *lib.* 2. *contr.* 330. *à n.* 27. Giurb. *deciſ.* 78. *num.* 20. Graſ. *de except. except.* 25. *num.* 18. Virgil. *de legitimat. cap.* 23. *num.* 12. *& cap.* 4. *à num.* 21. Flamin. Carthar. *deciſ.* 30. D. Salgad. *&* Olea *vbi ſupra*, Paul. Staiban. *de reſolut.* 26. *tom.* 1. Calvin. *de æquitat. lib.* 1. *cap.* 50. Prato *reſolut. pract.* 5. *&* 6. *per totas.* Los quales explican latamente el

favor,

favor, y privilegios de la liberacion, que es la razon en que se fundan, *ex leg. Arrianus 47. ff. de obligationib. & actionib.* ibi: *Arrianus ait multũ interesse quæras, vtrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? vbi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum; vbi de liberando, ex diuerso, vt facilior sis ad liberationem*, D. Valenç. *cons.* 179. *n.* 8. vbi ex Cyno, Sessè, Monter. Acueba, & alijs tenet publicam in hoc casu versari vtilitatem.

65 Pero en el segundo, y en terminos de contracto, es resolucion cierta, que la ignorancia aunque sea justa, no puede ser bastante à convalidarle en perjuizio del verdadero señor, sin cuyo consentimiento se hizo, *leg. quod si* 3. *§. sed si accepit. ff. de in rem vers.* ibi: *Ne credulitas creditoris domino obesse, vel calliditas servi noceret, leg. si extraneus* 45 *ff. de donationib. inter.* Porque como por substancia intrinseca del contracto se requiere el consentimiento de aquel que es dueño de la cosa sobre que se contrata, de aqui precisamente nace, que si el no consiente, sea el contracto nullo, *ex l. fin. C. de pact.* ibi: *Cum in alienis rebus contra Domini voluntatem aliquid fieri, vel pascisci, secta temporum nostrorum non patiatur.* Y en los terminos de transaccion son textos formales: *la ley Imperatores* 3. *§. fin. ff. de transactionib. & leg. si tibi decem.* 18. *§. fin. ff. de pact.* Y hablando tambien en transaccion D. Salgad. *part.* 2. *cap.* 9. *num.* 99. *& num.* 116. *in fin.* Olea *tit.* 5. *quæst.* 9. *num.* 7. donde conformandose à la distincion que seguimos, y auiendo puesto primero el caso de la solucion, dize despues: *Hæc tamen intelligas velim in solutione, quæ necessariam, non voluntariam*

ha-

habet causam, non verò procedent in liberatione, pacto, transactione, alienatione, vel contractu.

66 A esta distincion, que es cierta, y comunmente seguida, es consiguiente necessario, que si Don Geronimo Ballester, despues de otorgada la donacion, con justa ignorancia de ella, huviesse restituido efectivamente a Don Miguel Luis los bienes hereditarios, de que le era deudor, auria conseguido liberacion verdadera, y excepcion eficaz contra Don Geronimo de Sales, si le tratasse de convenir, sobre la restitucion de los mismos bienes, pues à este caso se aplican las deciciones de los textos, las resoluciones de los Autores, y las razones que favorecen à la justa ignorancia en paga verdadera. Pero no aviendo esto sido assi, y auiendo intervenido entre Don Miguel Luis, y Don Geronimo Ballester, sola vna transaccion, y contracto, sobre cosas, y derechos que ya eran proprios de Don Geronimo de Sales, por la donacion antecedente, no pudo la ignorancia, aunque justa, dar fuerça en su perjuizio à vna transaccion, en que faltava la substancia intrinseca, que era la voluntad, y consentimiento del señor de las cosas, y acciones sobre que se transigia.

67 Es muy expresso en este sentir Olea *titul.* 1. *quæst.* 1. *num.* 35. donde auiendo disputado la question, de si la justa ignorancia es bastante à convalidar el juizio seguido con el que tenia hecha cession de bienes, y si tendrà subsistencia la sentencia dada en este juizio, concluye assi: *Nec video cum magis is, qui iam dimisserat bona sua creditoribus, eis præiudicare possit, quam posset is, qui bona sua alienasset, vel donasset, hunc vero post donationem, vel alienationem nemo dixerit con-*

tra-

trahere posse, nec sustineri contractum propter ignorantiam alterius contrahentis, in praeiuditium eius, qui ius habebat quaesitum, & radicatum.

68 Magistralmente Bald. *cons. 105. nu. 5. volumin.* 3. pone, y resuelue la question en los terminos de transaccion hecha con ignorãcia, ibi: *Quid ergo dicis in transactione? Respond. Quatenus est datum creditori, idem est quod in solutione, sed quatenus est remissum debitori, aut debitum non erat liquidum, & idem quod in transactione, aut erat liquidum* (como en nuestro caso lo era) *& idẽ quod in donatione.* De suerte que Baldo siguiendo la diferencia entre solucion verdadera, y contracto hecho con ignorancia, y atendiẽdo à que en la transaccion siempre interuiene alguna dacion, ò prestacion; *ex leg. transactio, Cod. eod. tit.* quiere que en quãto à las cosas, ò cantidades que verdaderamente se dieron, ò pagaron por razon de la transaccion, cõsiga el deudor liberacion verdadera; pero por aquellas cosas, en que solo interuino liberacion, mediante la aceptilacion comun, ò Aquiliana, no la consiga.

69 Y en nuestro caso, considerando la vniversalidad de la donacion hecha à D. Geronimo de Sales, y la omnimoda translacion de acciones, que se siguiò por ella, no solo podemos afirmar con Baldo, y los demàs Autores que hemos referido, que no pudo proceder la transaccion; pero tambien afirmamos con seguridad, que no huuiera podido proceder en perjuyzio de la donacion, la solucion verdadera hecha despues por Don Geronimo Ballester, con probable ignorancia, porque no auiendo quedado en Don Miguel Luis acciones vtiles, sino las directas inutiles, y ineficaces, no pudo ser parte para que a èl se pagasse, lo que solo a Don Geronimo de Sales se deuia.

Es muy formal, y fundado el lugar del señor Salgad. de *concurs. p. 1. cap. 27. num. 62.* y por esso le referimos, ibi: *Et tandem pro huius articuli inteligentia scire debes, quod quãdo cessio fit omnium actionum vtilium, & directarum, tunc nullæ remanent actiones pœnes cedentem, sed directæ inutiles, vel quando cessio fit ampla, ponendo cessionarium in locum cedentis, quibus quidem casibus cum directæ actiones pœnes cedentem remaneant inesicaces nullo modo illis vti poterit, nec aliquid agere in præiuditium cessionarij, nec liberare debitorem, cui etiam ignoranti solutio non proficit, etiam cessantibus requisitis, leg. 3. Cod. de novationib. Sed statim, hoc modo cessione facta, debitor etiam ignorans, alteri quam cessionario solvere non potest, Iass. in leg. si cum emptore, num. 11. ff. de pact. Capol. cautel. 190. Anchar. cons. 119. n. 1. Parisius cons. 119. n. 68. lib. 3. Rip. in leg. 1. n. 13. ff. ad Trebellian. Tesaur. decis. 201. n. 7. Bott. cons. 62. n. 8. & seq. Grat. cons. 83. lib. 1. Gozadin. cons. 38. Curt. Iunior. cons. 103. Riminald. Iunior. cons. 9. n. 13. & cons. 65. n. 21. lib. 1. Crot. cons. 1. nu. 12. & 14. Natta, cons. 440. lib. 2. Guzm. de euict. quæst. 35. n. 131. Ozasc. decis. 45. n. 7. Bartius decis. 70. n. 28. Surd. cons. 22. nu. 34. & 35. Cost. de rat. rat. quæst. 112. n. 6. late Cencius de censib. quæst. 109. n. 31. & 32. & quæst. 67. ex num. 6. qui paulo post principium versic. R. P. de mea sententia in fin. post Botam. dict. cons. 62. n. 16. & Surdum, dict. cons. 22. n. 36. & Mantic. de contract. lib. 4. titul. 13. n. 4. & Caballum, cons. decis. 81. num. 15. lib. 2. dicit, non obstare quod hoc casu debitor ignorans cessionem soluerit cedenti, & maneret in damno, cum habeat condictionem indebiti cõtra cedentem.*

70 Y asi concluimos, que no pudiendose alegar por Don Geronimo Ballester satisfacion verdadera, ni pudiendole aprouechar esta alegacion, aun quando huuiesse interuenido, y siendo cierto que la transaccion no pudo subsistir en perjuyzio, y sin cōsentimiento de Don Geronimo de Sales, sobre cuyos derechos se transigia, es euidēte que en este caso no importa, ni aprovecha la ignorancia, ni en ella se puede formar motiuo que merezca estimacion, ni tenga fundamento seguro.

§. Tertius Sententiæ.

ET per ipsam transactionem factum, dicitur nō gratuitum pactum in quo aliquid damni semper consideratur, qui enim transigit semper aliquid soluit, vel facit, & non subsistente hoc in casu transactione ad impediendum litis primeva, per D. Michaelem Ludouicum intentatæ progressum per Hieronymum de Sales donatarium pretensum, damnum transigens debitor pateretur, quia in exequtionem illius aliquas eidem D. Michaeli Ludouico soluit quantitates, occasione illarum 400. librarum ei de vita destinatarum, & cogeretur etiā de nouo litem suscipere, litisque sumptus, qui magni esse deberent, & dubium litis euentum, quod etiam pecunia est estimabile, pati, quod magnum illi afferret præiuditium irreparabile, & sine dubio lucrum ex ipsa transactione illi radicatum amitteret, quod sufficit, vt transacti negotij exceptione se iuvare debeat.

71 Contiene este motiuo los fundamẽtos mas insuficiẽtes de la sentẽcia, y reconociẽdolo assi, parece que con artificio se juntaron en este lugar todos, *quasi in mediam turbam atque in gregem conijciantur. Vt ait Cicero 2. de Oratore.*

72 Aqui la sentencia procediò mas ajustada à la conueniencia de Don Geronimo Ballester, que à la disposicion de derecho, y se manifiesta assi, pues el argumento vnico que se puede formar del discurso de este motiuo es dezir: *A D. Geronimo Ballester se le seguiria perjuizio si esta transaccion no subsistiesse obstando à Don Geronimo de Sales, luego ha de subsistir, y le hà de obstar.* Si este argumento pudiesse proceder, seria medio facil para sustentar la hypoteca de la cosa agena, y la translacion de el dominio en la venta de ella, sin consentimiento de el señor, pues en vno, y otro caso ay perjuizio evidente del acreedor, à quien no queda afecta, y del comprador, en quien no queda transferida, con que de este antecedente se podria deduzir otra semejante consequencia, y seria subvertir las reglas mas firmes y disposiciones mas irrefagrables de derecho que lo resisten.

73 Si auiendo podido Don Miguel Luis hazer esta transaccion, aora el mismo la impugnasse, sin duda que seria justa replica la de el perjuizio de D. Geronimo Ballester, y de la firmeza que se deue à semejantes contratos, pues por ser medios con que se pacifican las discordias de los pleytos, quiso el derecho priuilegiarlos, dãdolos no inferior autoridad, y fuerça que a la cosa juzgada, y al juramento, y cõsiderandolos con importancia de la vtilidad publica,

ca, *leg. non minorem, Cod. de transaction. leg. 2. &* *leg. admonendi, ff. de iure iurando, leg. postquam liti* 4. *Cod. de pactis, leg. fratris, C. de transact. leg.* 34. *tit.* 14. *part.* 5. Y exornan esta conclusion con muchas ponderaciones que fauorecem à la transaccion comunmente los Doctores, y en especial Deciano *conf.* 56. Gaill. *lib.* 2. *obseruat.* 70. *ex num.* 8. Fachineus *conf.* 18. *ex n.* 1. Carol. Bardellon. *conf.* 2. *ex num.* 47. Cæsar. Manent. *decis.* 142. *ex num.* 52. Gonçalez *ad Regul.* 8. *Cancel. glos.* 25. *num.* 12. D. Valenç. *conf.* 133. *num.* 106. *& conf.* 175. *num.* 9. *&* 34. Barbos. *vot. decis.* 76. *num.* 45. Fontan. *decis.* 45. *num.* 11. Cutell. *de donat. tom.* 2. *spec.* 23. *num.* 3. Ciriac. *controuers.* 129. *num.* 34. Castill. *de aliment. cap.* 36. *§.* 2. *ex num.* 29. Valeron. *de transact. in proemio ex num.* 36. *& titul.* 2. *quæst.* 4. *ex num.* 15. Alvarez Pegas, *resol. forens. cap.* 7. *num.* 70.

74 Pero siendo cierto que Don Miguel Luis no pudo transigir, como hemos manifestado en la satisfacion de los primeros motiuos, y siendo quien aora impugna la transaccion Don Geronimo de Sales, que ni interuino en ella, ni pudo quedar por ella perjudicado, es improporcionado, y inconsequente el argumento que se forma de el interès, y perjuizio de D. Geronimo Ballester, para inferir que por esso aya de obstar à D. Geronimo de Sales vna transaccion, en que no ha concurrido, ni prestado consentimiento, siendo sobre derechos, y cosas suyas, y para extingir vna instancia de que era dueño, pues aunque es comun a todos los contractos que aya de interuenir essencialmente en ellos el consentimiento de aquel en quien reside el dominio de las cosas sobre que se celebran, esto procede mas precisamen-

te, y con mas especial razon en las transacciones, por ser de estrecha naturaleza, y de limitada inteligencia, donde como no se admite interpretacion que exceda lo literal de las palabras, tãpoco se permite extension que perjudique à mas persona que las q̃ transigieron, aunque parezca que su perjuizio viene, y se sigue en consequencia, *l. si de certa, l. age cum Geminian. C. de transact. leg. si vnus 27. §. ante omnia, l. tres fratres, ff. de pactis, leg. cum Aquiliana, ff. de transact. l. 2. C. res inter alios acta &c. Bartol. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcenda*, Bald. *cons. 215. lib. 1.* Valeron, *de transaction. tit. 5. q. 2. num.* 1. donde ilustra esta cõclusion con quarenta Autores, continuandola en los numeros siguientes.

75 Y de verdad parece, que aun quando à D. Geronimo de Sales, no le assistiesse para excluir la transaccion vna replica tan justificada, y firme, como dezir, que ni con el se hizo, ni ha consentido en ella, y nos fuesse precisso examinar la substancia, y forma de la misma transaccion, se hallaria, y podria facilmente manifestar poco segura, y que en ella faltaron las partes, y requisitos mas essenciales, sin cuya concurrencia ninguna transaccion subsiste, y que de su inobservancia ningun perjuizio formal resultaria à Don Geronimo Ballester, sobre lo qual apuntaremos con brevedad algunos fundamentos, omitiendo la mas exacta inspeccion de este punto, por no ser necessario al discurso que seguimos.

76 Llano es, que qualquier transaccion presupone derecho dudoso, y que donde no huuiere duda, no ay terminos capazes de transaccion, y la que se hiziere es en si ninguna, y se presume hecha con dolo, quedãdo la causa q̃ la anula desde su principio,

 ò à

ò à lo menos produce excepcion, ò replicacion para rescindirla, *l. Præs. 12. Cod. de transaction. leg. in summa 65. §. 1. ff. de condict. indebiti; leg. 1. §. sed, & constitutio, ff. de calumniatoribus*, Menoch. *cons.* 1158. D. Iuan de el Castillo, *de alimentis cap. 36. §. 2. ex numer. 9. cum pluribus* Valeron. *tit. 2. quæst. 3. num. 2.*

77 Tambien es cierto, que la pretension introducida por D. Miguel Luis, y que diò causa al pleyto, cuya instancia se ha transferido mediante la donacion, en Don Geronimo de Sales, era pedir la herencia del Cõde de Ayamans su padre, en virtud de su institucion expressa, y siendo esta accion tan induvitable, no se pudo considerar dudosa para transigir sobre ella, ni puede darse especie, en que aya derecho mas firme, ni seguridad mas clara para excluir la transaccion, que pedir vn hijo la herẽcia paterna en fuerça de vn testamento, donde se halla instituido Matienç. *in dialogo 3. part. cap. 20. & in leg. 1. tit. 11. lib. 5. Recop. gloss. 8. num. 56.* donde para poner el exemplo de vn caso claro, y de vn derecho no dudoso, dize: *Veluti si quis paternæ hæreditatis peteret portionem, qua certe controuersia nihil ex parte rei iniustius, trãsactio igitur super huiusmodi iniqua, & indubia lite facta, rescinditur proculdubio*, y prosigue comprobando esta conclusion, aun quando la transacion es jurada, y valiendose de el mismo exemplo Tiberio Decian. *cons. 56. num. 4. vol. 4.*

78 Y aunque Craueta, Surdo, Beccio Menochio, y otros Doctores que alegan, Graciano *discep. 861. tom. 5.* y Ioan Baptista Hodierna, *controvers. forens. lib. 1. cap. 37. ex num. 15.* afirman que para la consistencia de la transaccion es bastante que

aya

aya duda, y litigio de hecho, aunque en derecho no sea la question del pleyto dudosa, y Paulo de Castr. *in leg. 2. C. de transact.* dixo, que esto procedia con mayor razon, quãdo el que litigaua de hecho, y sin derecho, era reo, y estaua en possession, *quia potius toleratur reus malitiose se defendendo, quam actor calumniose molestando*, que es doctrina bien acomodada à Don Geronimo Ballester, pues en este caso era reo, y posseedor.

79 Esto procede con la inteligencia que dà a estas doctrinas Mantica *de tac. & ambig. conuent. lib. 26. tit. 1. num.* 16. ibi: *Sed quod dicitur, satis esse, litem posse moueri de facto, inteligitur de questione facti, quia, scilicet, ipsum factum per affirmationem, & negationem in dubium revocetur, & probationes non sint in promptu, & declarat Angelus, & alij in dict. leg. post rem iudicatam, ff. eodem, neque enim habet locum, si lis possit moueri de facto, quod sit iuri contrarium, nam quod de facto fit, à legislatore non consideratur.* Desuerte, que este grauissimo Doctor entiende, que todas las opiniones de los Autores que afirman, que para subsistir la transaccion, es bastante, que aya duda, y pleyto de hecho, aunque de derecho no le aya, deven proceder, y practicarse quando el mismo pleyto, y la duda es sobre el hecho que se controuierte, y en que no concuerdan las partes, afirmando vna, y negando otra, en cuyos terminos se defiere todo à la probança; pero quando las partes concuerdan en vn hecho cierto, è invariable, y la controversia es sobre el derecho; en que vno con accion pide, y otro cõ excepcion niega: entonces si la accion es cierta, y la excepcion es frivola, aunque sobre esto aya pleyto, serà injusta la transaccion, como hecha sobre materia no dudosa.

Ni

80 Ni obstaria dezir, que por el mismo hecho de estarse litigando, se cōstituye duda en el derecho sobre que se litiga, y que para entenderse con propriedad litigioso, es bastante, *quod causa moueatur inter possessorem, & petirorem iudiciaria conuentione, ex authent. litigiosa, C. de litigiosis*, y q̃ ningũ derecho puede auer tã firme, y cierto, q̃ no sea capaz de esta duda, q̃ cō siste solo en disentir el actor q̃ pide, y el reo que niega, *eo quod nihil inter homines, sic est indubitatum, vt non possit, licèt aliquid sit, valde iustissimum, tamen suscipere quandam solicitam dubitationem, vt in auth. de tabellionibus, §. & non fingant.*

81 A esto satisface con docta claridad Tiberio Deciano, *cons. 56. num. 7.* ibi: *Neque his obstaret, si diceretur, quod nihil tam clarum est, quod dubitationem aliquam non recipiat; quia respondetur, quod ad hoc, vt quæstio dicatur dubia, super qua valeat transactio, oportet, quod sit verosimiliter dubia, & iustæ adsint causæ dubitationis, non autem calumniosæ, vt notant omnes in l. 1. ff. de transact. & tradit. Riminald. in cons. 102. num. 38. & 40. & 48.*

82 Y Bologneto, *in rubrica, C. de transaction. numer.* 14. para satisfacer al argumento de la *auth. litigiosa*, dize assi: *Debet esse dubietas propter negationem facti, non autem propter negationem iuris, quia si esset clara decissio iuris, non efficeretur res dubia, quia ius est certum, non obstante negatione partis, nisi variæ essent opiniones, vt per Barth.* & infra, *item dicitur incerta lite, hoc est lite probabili, quæ habeat rationes, & argumenta ab vtraque parte, quia si esset, lis clara, & iura vnius partis essent manifesta, non esset transactio,* y del mismo sentir son Menochio, Ciriaco, Alexan-

dro, Ludovisio, Cabreros, y otros que refiere Valer. *tit. 2. q. 3. num. 23.*

83 Y la Rota apud Seraphinum, *decis. 861. p. 1. num. 5.* à quien sigue Mario Cutel. *decis. 5. num. 11.* sintiò, que para justificar la transaccion, no solo se necessitava de que huuiesse duda, sino que era menester que la huuiesse en el derecho deducido por ambas partes; de modo, que aũque el de la vna fuesse incierto, y dudoso, si el de la otra fuesse conocido, y claro, no podia proceder la transaccion.

84 De donde resulta, que hallãdose esta transaccion hecha sobre vn derecho tan indubitable, y justo como el que tenia deducido D. Miguel Luis, que como heredero instituido por su padre, pedia su herencia, no podemos entender que aqui huuiesse question dudosa de hecho, pues no auia duda en que Don Miguel Luis era hijo, y estaua instituido; ni tampoco que huuiesse derecho dudoso, pues no lo podia ser, que como a hijo, y instituido se le devia la herencia, con que precisamente se ha de conceder, que las excepciones, y defensas opuestas por D. Geronimo Ballester, eran inciertas, y calumniosas; y aun quando le cõcedamos que en ellas podia auer duda, esto no basta; pues era necessario que tambien la huuiesse en el derecho de el actor que era D. Miguel, con que seguramente se concluye auer faltado aqui el primero essencial requisito de la transaccion, que es hazerse sobre question dudosa.

85 Otro requisito substancial tambien de la transaccion es, que en ella se aya de dar, ò remitir algo por razon de desistir del pleyto, y apartarse de las acciones deducidas, lo qual es preciso, y conforme à la naturaleza de la transaccion, que es pacto no gratuito, y assi no podrà subsistir sino interuiene esta

esta dacion, ò remission en ella, *expressus tex. in leg. transactio, C. de transact.* Valeron. *tit.* 1. *quæst.* 7. *num.* 6. *& per totam*, donde exorna esta regla.

86 Tambien este requisito ha faltado en esta transaccion, pues lo que consta auer dado Don Geronimo Ballester por razon de ella, son diez y seis mil libras, consignando el principal de quatrocientas libras de rentas vitalicias à D. Miguel Luis en el censo que la herencia de su padre tenia contra la Vniversidad; y con calidad de que esta misma renta, despues de los dias de Don Miguel, tocase à la obra pia, a cuyo fauor hizo obligacion el mismo Don Geronimo de pagar reditos, ò intereses de el principal restante hasta las diez y seis mil libras, en el interin que efectiuamente consignaua censo de ellas, hipotecãdo à la seguridad de esto los mismos bienes de la herencia. De suerte que no se halla, que Don Geronimo aya dado algo de su patrimonio, y de sus propios bienes, por causa de esta transaccion à D. Miguel Luis, pues todo quanto le ha dado fue vna pequeña porcion de la misma herencia que Don Miguel pedia, y era indubitablemente suya, en cuyos terminos resueluen los Autores, que la transaccion es ninguna, Cæsar Manentus, *cons.* 142. *num.* 4. *&* 5. vbi refert, Natam, Alciatum, Menochium, & Cephalum; idem tenet Gargiareus, *cons.* 5. *num.* 40. *libr.* 2. Castillo, *de alimentis capit.* 36. *§.* 2. *num.* 15. *in fine.*

87 Manifiestase tambien la nulidad de esta transaccion en el dolo que interuino, dando causa à que se hiziesse, y induciendo à D. Miguel Luis para que la otorgasse; pues consta de la probança hecha por Don Geronimo de Sales, que hallandose Don Miguel Luis oprimido de la disposicion de D.

 Ge-

Geronimo Ballester, y de el respecto que como à su tio le deuia, y viendo que estaua en possession de toda la hazienda de su padre el dicho Don Geronimo, por auerla tomado en su proprio nombre, en virtud de los decretos que obruvo con pretextos inciertos, y afectados, y no teniendo medios Don Miguel para acomodarse como conuenia a su estado, y persona, interpuso algunas de autoridad, para solicitar que Don Geronimo, su tio, le hiziesse coadjutor en la prebenda que gozaua, con cuya ocasion Don Geronimo propuso la transaccion, pidiendo que se hiziesse, y ofreciendo, que luego que estuuiesse hecha tendria efecto la coadjutoria en D. Miguel, el qual mouido de esta promessa, y de la reuerencia que deuia à Don Geronimo, tio, y curador suyo, hizo la transaccion, y despues no consiguiò la coadjuctoria. Este hecho se halla calificado en el processo,

88 No puede dudarse, que aqui huuo dolo de parte de Don Geronimo Ballester, pues huuo decepcion, y engaño, que es en lo que consiste la essencia del dolo, y auiendo este dado causa à la transaccion, pues no la huuiera hecho Don Miguel Luis sino huuiesse procedido la promesa de la coadjutoria, persuadiendole a que para conseguirla era el transigir medio necessario, es sin duda que induce nulidad en el acto desde su principio; pues aunque la transaccion no es contracto de buena fee, *vt iam supra diximus*, con todo esso se requiere necessariamente, que intervenga buena fee para celebrarla, como explica bien Anton, Fabro, *de erroribus tom.1. decad. 8. errore 10.* Bellonus, *cons. 79. num.6. & 7.* & referens, Peregrinum, Gail. Minsingerum, Fontanellam, Bardellonum, & alios Castillo, *d. cap. 36. §. 2. num. 18.*

89 Y aunque en la opinion mas seguida el dolo que dà causa à la transacion no la anula desde su principio, y solo dà excepcion, ò replicacion para impugnarla despues, y rescindirla, vt late probat celsus, Bargalius, *de dolo libr. 3. cap. 4. quæst. 7. ex num. 37.*

90 Esto no procede asi, quando el dolo interuino, no solo en la misma transaccion, sino en el acto de inducir el vno de los transigentes al otro, para que la celebrasse, como en nuestro caso, porque entõces la trãsacciõ desde su principio es ninguna, por el duplicado dolo, vt benè ratiocinatur idem Bargalius, vbi supra *quæst. 9.* vbi, *quæst. 10. ex num. 55.* impugnat Paul. de Castro, distinctionem illam inter actorem, & reum, de qua nos supra *num. 78.* & ex Barbosa, Beroio, Petra, & Manento, Giurb. *obseru. 8. ex num. 11.*

91 Y sin duda procede esto con mas eficaz razon en nuestro caso, pues el sertio Don Geronimo Ballester de Don Miguel Luis, aun sin las circunstancias de tenerle oprimido, y de hallarle deseoso de la coadjutoria, se pudiera considerar bastante para entender, que en todo lo que Don Miguel obrasse por proposicion de su tio, y a contemplacion suya, procedia mas con especie de miedo reuerencial, que con voluntad libre, pues no solo procede esta consideracion de hijo à padre, de liberto a patrono, y de muger à marido, que es lo comun; y de hermano menor à hermano mayor, segun Castillo, *lib. 6. cap. 168. num. 40.* Fabio de Ana, *cons. 73. num. 15.* sino tambien de sobrino a tio, pro vt indicauit, Rota in decis. Mileuitana, quam adducit Diana, *part. 11. fol. 557.* y es singular para significar la reuerencia que se deue à este parentesco, el lugar de Fornerio, *lib. 1.*

selectar. cap. 14. à quien refieren el señor Solorçan. *de paricidijs libr. 2. cap. 2.* y el señor Larrea, *decis.* 47. *num.* 3. donde pone la respuesta que diò Simplicio insigne interprete de Epicteto Philosopho, preguntandole la denominaciō de esta palabra, *Thio: Quod cū patres liberis sint, quasi Theos, idest Dei, qui tunc proximè ad eos accedunt, patrui, & auūculi appellati sunt, & quamuis metu Diuinæ maiestatis parentes Deos nominare desierimus, veteris tamen notæ vestigia in patruorum appellatione remanserunt.*

92 Por otro miedo innegable se manifiesta la nulidad desta transaccion, pues auiendo el Conde de Ayamans dexado instituida en su herencia, juntamente con Don Miguel Luis su hijo, à la obra pia, y Colegio que mandò fundar, es llano que en estos bienes, los quales, mediante la institucion, pertenecian ya à la Iglesia, no se pudo transigir sin que interviniessen todas las solemnidades dispuestas por derecho para la enagenacion de las cosas Eclesiasticas, que son tambien precisas para la trāsaccion que sobre ellas se haze, *vt tenent DD. in leg. non solum, Cod. de prædijs minor. leg. nulli, ff. de transaction.* Senis, *cons.* 94. Gratian. *discept.* 674. & 776. Barbos. *lib. 3. de iure Ecclesiastic. cap.* 39. *num.* 40. & *in Pastorali allegat.* 95. *num.* 63. & *voto decis.* 30. *à num.* 18. *libr.* 2. *plures allegans*, Valeron. *tit.* 4. *q.* 1. *à principio.*

93 Ni podrà obstar; si se dixere que estos bienes aun no estavan vnidos, ni incorporados en la Iglesia, ni plenamente adquiridos, pues no los posseìa la obra pia, y antes contradecia, y repugnava la possession Don Geronimo Ballester que se hallava en ella, y que en estos terminos procede validamen-

te

te la transaccion, aunque en ella no interuiniessen solemnidades, *ut in puncto scripsit* Tondut. *resol. benefic. cap.* 119. *num.* 4. *tom.* 1.

94 Porque esta replica se satisface, y la opinió de este Autor se conuence con la comun resolucion fundada en la segura razon de derecho, pues la distincion cierta, legal, y practicada, es que quando los bienes aun no estan adquiridos à la Iglesia, y solo tiene algun derecho à ellos, como sucede en el legado, ò herencia deferida, y no aceptada, entóces para transigir no se requieren las solemnidades que en la enagenacion de cosas Eclesiasticas; pero quando ya los bienes se hallá adquiridos à la Iglesia, no puede proceder, y es ninguna la transaccion que sin estas solemnidades se hiziere sobre ellos, ita ex communi DD. calculo tenent Zeuallos, Ceruantes, Mieres, Thom. Sanch. Molin. Riccius, & innumeri, quos referunt, Gratianus, *decis.* 27. *n.* 29 Franch. *decis.* 14. *num.* 16. & 26. Fontanella, *de pact. nuptialib. cla.* 5. *gloss.* 9. *part.* 5. *num.* 127. Noguerol. *allegat.* 6. *ex num.* 27. Dom. Salgad. *de concurs. part.* 2. *cap.* 14. *num.* 101. *& per totum*, Olea. *tit.* 2. *quæst.* 1. *num.* 48. Delbene, *de immunit. tom.* 2. *capit.* 17. *dubit.* 12. Valeron, *titul.* 4. *quæst.* 1. *ex num.* 7.

95 Y la razon desta distincion consiste en que aquel derecho que la Iglesia tiene para aceptar, ò repudiar la herencia, ò legado que se le ha deferido, *non dicitur nec censetur esse in bonis Ecclesiæ, ex l. pretia rerum, ff. ad l. falcidiam.* comprobant Olea, *tit.* 2. *quæst.* 3. *ex num.* 7. Dom. Salgad. *dict. cap.* 14. *num.* 11. y no considerandose este derecho entre los bienes Ecclesiasticos no es mucho que no se cōprehenda en las disposiciones que solo hablan de

los

los que propria, y verdaderamente lo son.

96 Y en nuestro caso no es dudable que la porcion de herencia de el Conde de Ayamans estaua ya adquirida à la obra pia, y Colegio. Lo primero, por la expressa aceptacion que resulta de estarla pidiendo, y litigando sobre ella, lo qual era acto preciso, y positiuo de aceptacion, no dudoso; ni que pudiera atribuirse a otro fin, vt ex tex. in *leg. pro herede, notant* Surd. *cons.* 164. *num.* 48. Farin. *decis.* 276. *in posthum. libr.* 1. Pellicionius *quæst. illustri* 35. & alij passim.

97 Lo segundo, porque esta transaccion no contuuo renunciacion de la herencia, sino antes cession, y translacion de ella, en fauor de Don Geronimo Ballester, lo qual necessariamente presupone adicion antecedente, *leg. si auia, C. de iur. deliber l. Pantonius, §. vlt. ff. de adquir. hæred.* D. Salg. *dict. cap.* 14. *ex num.* 32. Olea *d. q.* 3. *ex num.* 38. Fontanella *dec.* 87. 88. *&* 89.

98 Lo tercero, porque auiendo sido la voluntad del Conde, que esta porcion de herencia se conuirtiesse en la fundacion del Colegio, y obra pia; es bastante esta destinacion sola para que estos bienes se consideren Ecclesiasticos, y ayan de proceder en ellos todas las disposiciones que hablan, en los que verdaderamente lo son, Gonçalez, *in reg.* 8. *glos.* 5. *§.* 7. *à num.* 106. Gratian. *disc.* 358. *à nu.* 37. Ioan. Baptista Thoro, *in addit. ad Tiraquell. de priuileg. pia caus. priuil.* 189. Genuens. *in praxi quæst.* 247. Suarez *ad Regem Angliæ, lib.* 4. *capit.* 17. *num.* 6. Ciarlinus *controu.* 143. *num.* 38. D. Valenç. *cons.* 53. *num.* 6. D. Larrea *dec.* 4. *num.* 22. Sperello, *tom.* 1. *dec.* 35. *nu.* 1. Barb. *vot.* 76. *num.* 82. *&* *sunt text. in cap. nulli* 12. *quæst.* 2. *cap. de-*

cer-

cernimus 2. de iudicijs leg. seruos, ff. de liber. causa, verb. Quod si consecrati, leg. seruitus, §. 7. ff. de seruit. rustic. leg. seruos, ff. de alim. leg.

99 Y vltimamente para conuencer la opinion de Tonduto, *dict. capit.* 119. *num.* 4. que se funda vnicamente en que la Iglesia no estaua en possessiom de los bienes sobre que transigia, y antes era posseedor el reo, no puede auer mas eficaz argumento, que hallar en el mismo autor reconocida por mas cierta la opinion contraria, pues en el 2. *tom. de sus resolut. beneficial. part.* 3. *cap.* 137. *num.* 9. *&* 10. propone, y resuelue la question de este modo.

An autem per transactionem bona Ecclesiæ alteri remitti possint dubitatur a nonnullis, & nominatim, Natta, cons. 441. *num.* 12. *Alciat. cons.* 17. *num.* 8. *lib.* 1. *ea ratione, quia non dicitur alienatum, quod penes adversarium dimittitur, & numquam fuit ab Ecclesia possessum. Verum, hæc sententia est contra mentem Rotæ Romanæ, & plurium DD. quos refert Addit. ad Buratum, decis.* 690. *litt. B. Quia quidquid sit de patre, qui est legitimus administrator bonorum filij tamen quando agitur de tutore, vel Prælato, qui non tantam habent potestatem, non poßunt transigere dimitendo, rem apud possessorem, nisi seruatis iuris solemnitatibus; vt probat Surd. cons.* 451. *num.* 25. *&* 26. *Gratian. discep. for. cap.* 476. *num.* 16.

100 Vease aora, conforme à lo que hemos dicho en satisfaccion de este motiuo, con que fundamento se podra poner en consideracion el perjuizio de Don Geronimo Ballester, para defender con él, y conseruar esta transaccion nula por tan euidentes medios, pues ni la hizo, ni consintiò Don Geronimo de Sales, cuyos eran los derechos que se transigian,

ni huuo materia capaz, pues la accion que se litigaua no era dudosa, ni interuino de parte de Don Geronimo Ballester dacion, ò prestacion alguna, ni se puede negar el dolo que se descubre auer dado causa à este cõtrato, ni se puede suplir el defecto de solemnidades, con que se hizo por lo tocante a la obra pia. Y veasetambien que perjuizio es este de Don Geronimo Ballester, tan ponderado en la sentencia, pues en caso de no subsistir la transaccion, por el mismo hecho queda libre de la obligacion del censo a fauor de la obra pia, y sin tener de que quexarse en las cantidades que huuiere pagado por razõ de las 400. libras annuales, pues estas siempre auian de tocar à Don Miguel Luis, por ser suyo proprio, y auer quedado en la herencia de su padre el censo contra la Vniuersidad en que se le diò la consignacion de esta renta, en cuyos terminos puede justamente impugnar la transaccion, sin que se le oponga la percepciõ de estas cantidades, ni tenga obligacion de restituirlas, *provt iudicavit*, Rota *decis. 102. num. 3. part. 2. diuersor. & inrecentiorib. decis. 539. numer. 6.* Seraphin. *decis. 922. numer.* 8. Oliver. Beltram ad decis. 354. Alexandr. Ludovis. liter. B. Reconocerase sin duda, que todo este motiuo es afectado, y de mal segura jurisprudencia, pues en el se confunden los terminos, *captare lucrum*, y *vitare damnum*, dando nombre de perjuizio formal à lo que solo es no lograr el injusto lucro de la transaccion, quando en la disposicion regular de derecho, y en lo indiuidual de este punto es tan conocida la diferencia que ay de quedar perjudicado por vna transaccion, respecto de los derechos que se remitieron, ò cantidades, y cosas q̃ se entregaron, ò quedar solo sin aquel lucro que de la misma transaccion se esperaua, y ce-

sa

ſa quando ſe anula, ò reſcinde, *vt poſt plures quos ſupra retulimus, tenet* Gallerat. *lib. 1. de renuntiat. cap. 4. num.* 88.

101 Y aun quando de todo eſto no ſe pudieſſe formar vn dictamen tan ſeguro de la nulidad de eſta tranſaccion, y ſolo quedaſſe ofuſcada, y dudoſa ſu conſiſtencia, eſſo baſtava para que reſeruandola à la principal determinacion, no ſe le embaraçaſſe à D. Geronimo de Sales el progreſſo de el pleyto, pues aunque no podemos negar que la excepcion de tranſaccion es por ſu naturaleza impeditiua de la cõteſtacion, ò proſecucion de el pleyto en que ſe opone, *leg. fratres, Cod. de tranſact. leg. poſtquam liti, C. de pactis cap. 1. de litis conteſtat. in 6. l. 5. tit. 10. & l. 7. titul. 16. part. 3.* Valeron. *titul. 5. quaſt. 1. ex num.* 3. eſto procede quando la tranſaccion es notoriamente juſtificada, ſin que ſe ofrezca razon, ni cauſa de dificultar en ella; pero en ocurriendo alguna duda que turbe la euidente juſticia de la trãſaccion, deue reſeruarſe ſu conocimiento a la difinitiua, ſin embarazar el progreſſo de el pleyto, vt ex regula textus, *in leg. 3. §. ibidem iuncta gloſſa verbo obſcurior. ff. ad exhibendum, leg. ille a quo §. 1. ff. ad Trebell. l. 1. Cod. de ordine cognitionum,* tenent loquendo in tranſact. Gregor. Lop. *in leg. 5. titul. 10. part. 3.* Azeved. *in leg. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. ex num.* 33. Cancer. 3. *part. variar. cap. 17. num. 2.* Dom. Valenç. *conſ. 68. ex num.* 52. D. Molin. de primog. *lib. 4. cap. 9. ex num.* 39. vbi additio. Pareja de inſtrum. edit. *titul. 5. reſolut. 3. num.* 51. Noguerol. *alleg. 31. numer.* 19. Maſtrill. *deciſ. 8. ex num.* 5. Dom. Iuan Franciſco de el Caſtillo *deciſ. Siciliæ* 124. *per totam.* Caſtillo, Sotomayor, *libr. 8. controuerſ. cap. 36. §. 2. num.* 58. alios referens Valeron, *vbi*

ſu-

supra num. 35. qui omnes indistincte loquuntur, siue dubium emergat ex ipsamet inspectione transactionis, siue ex replicatione partis, adducentes Surdum, cons. 252. n. 18. & testantur sic apud omnia Hispaniæ Tribunalia in praxi seruari.

§. 4. Sententia.

QVibus non obstat obligatio, cum hipotheca bonorum in ipsa donatione apposita, quia hæc vti accessoria naturam sequitur donationis, & consequenter, si non obstat donatio, nec obstare debet hypoteca, præmaximè in ocurrenti casu, vbi sumus inter contractum lucratiuum, qualis est donatio, & onerosum, qualis sæpius appellatur transactio.

Satisfactio.

102 POca necessidad tenia de satisfaccion este motiuo solo con acordar, que en la misma sentencia se califica, y aprueba la donacion hecha à D. Geronimo de Sales, *vt patet, ibi, in vers. Cæterum spret. & retulimus supra ex numer. 31.* con que destruido el fundamento que aqui se toma, de que no obsta la donacion, es forçoso que cesse la consequencia inferida de este supuesto incierto, y no parece dudable, que la donació fue bastante por su naturaleza, y forma à impedir la transaccion subsiguiente, y que esto se ha manifestado con euidencia. Pero toda via para dexar de todo punto conuécidas las apariencias de razon que tenga esta sentencia, entraremos à la respuesta de este motiuo, que es segura, y facil.

103 Y lo primero, es, retorcer ſu miſmo argumento, porque el ſilogiſmo de la ſentécia es eſte. *La hipoteca ſigue la naturaleza de el contracto, en que ſe pone por ſer acceſſoria ſuya; atqui la donació, en que ſe puſo la hipoteca, no obſta à la tranſaccion hecha con Don Geronimo Balleſter; luego tampoco la hipoteca puede obſtarle.* Nueſtro ſilogiſmo ſerà. *La hipoteca ſe califica de la naturaleza de el contracto en que ſe halla; atqui la donacion, en que ſe halla la hipoteca obſta à la tranſaccion hecha con Don Geronimo Balleſter; luego tambien la hipoteca le obſta.* Y ſi la fuerça de eſte argumento ſe juzgare, que conſiſte en examinar la verdad de la propoſicion menor, cierto, que parece ſe halla bien probada, con lo que ya en eſte papel hemos diſcurrido.

104 Pero tampoco nos hemos de aquietar à conceder, que ſea vniuerſalmente cierta la propoſicion mayor, y que la hipoteca ſiga en todo los efectos de el contracto, y obligacion perſonal, en que ſe pone, y ſea acceſſorio inſeparable ſuyo, pues aunque por las reglas vulgares de el *cap. acceſſorium, de reg. iuris in 6. & leg. cum principalis 139. ff. de reg. iuris*, tuuieron indiſtintamente eſta opinion Gutierr. *de iuram. confirm. part. 3. cap. 15. num. 20.* Carleu al. *tit. 3. diſput. 3. num. 22.* Rouito, *deciſ. 48. num. 17. & in appendice numer. 38.* Galeratus, *de renunciatione lib. 1. capit. 4. num. 130. qui refert gloſſas, & Doctores aliquot ſibi inuicem pugnantes.*

105 Eſta opinion no ſe deue admitir, ni puede proceder con la generalidad que eſtos Autores la proponen, y deve diſtinguirſe, diziendo, que aunque al tiempo de la conſtitucion de la hipoteca, es cierto, que ſe tiene por acceſſoria de el contracto, à

que se llega, y de la obligacion personal, sin la qual no puede consistir, *ex leg. grege, §. cum pignor. ff. de pignor. leg. 2. Cod. si pignus pignori datum fuerit*, esto no procede assi despues de constituida, porque ya entonces, aunque falte la accion personal, puede durar por si sola la hipoteca, y obrar separadamente sus efectos, textus expressus, *in leg. 2. C. de luitione pignorum*, ibi: *Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota*, & per illum textum tenet Barth. *in leg. fideiuss. obligari, ff. de fideiussor.* Negusantius, *de pignor. part. 6. membr. 2. numer. 5.* Felicianus, *de censibus lib. 3. capit. 4. numer. 3.* & ex Anchariano, Cuiacio, Garcia, Vrsilis, Capicio, & alijs Don Franciscus Merlinus, *controu. cent. 2. capit. 19. numer. 13.* D. Ferdinando Arias de Mesa, *libr. 1. variar. cap. 48. numer. 12.*

106 Y que admita separacion de la accion personal la hipoteca, y pueda sin ella cederse, y transferirse, Franch. *decis. 80. num. 17. & decis. 119. num. 24.* Surdo, *cons. 127. num. 27. lib. 1.* Gratiano, *disceptat. forens. cap. 937. num. 23. tom. 5.* Olea. *de cess. iur. & act. tit. 6. quæst. 6. num. 11.* D. Salgado *de concurs. 3. part. capit. 13. §. vnic. num. 53.* omnium latissime Gaito *de credito capit. 4. quæsit. 11. ex num. 1277. & in appendice ad cap. 4. addition. 5. ex resolut. 3. & in 3. part. appendicis ex numer. 14. & resolut. 7. per totam*, donde satisface plenamente las opiniones de Rouito, Carleu, y Garonio, que le impugnaron.

107 De aqui nace, que aunque la donacion por si sola, y la obligacion personal que resultaua de ella a fauor de Don Geronimo de Sales, no huuiessen podido embaraçar la transaccion hecha despues por

Don

Don Miguel Luis, fue bastante à impedirla la hipoteca puesta en la donacion; pues como accion propriamente real, dexaua desde luego afectos los mismos bienes donados, y preseruado en ellos el derecho de el donatario, para que ningun acto posterior pudiera perjudicarle, que es la razon que ponderan, y confirman los Autores referidos.

108 Y de aqui procede tambien la resolucion cierta de la question, que toca (aunque no es propria de este pleyto) tambien este motiuo sobre la prelacion entre el donatario anterior, con hipoteca, como es Don Geronimo de Sales, y el acrehedor hipotecario, posseedor, por causa onerosa, como se quiere que lo sea D. Geronimo Ballester. Este punto le han tratado con oposicion, y por esso mas cuidadosamente muchos Autores, cuya alegacion nos escusa justamente la prolixidad de trasladar à este papel lo que ellos han escrito. Lo cierto es, que la resolucion mas segura, y bien fundada fauorece al donatario anterior con hipoteca, tenent Hieronimus Gabriel, Mantica, Gabriel Saraina, Felicianus, Pichardus, Fontanella, Antoninus de Amato, Rodriguez, quos refert Carleual, *titul.* 3. *disp.* 30. *num.* 1. Gaito, *de credito cap.* 4. *quæsito* 11. *ex num.* 1235. *& in appendice ad dictum caput, vbi* 3. *part.* respõdet Carleualio, contrarium tenentis, Apicela *in additionibus ad patrem post tractatum de tutamine pauperum, tit.* 1. *numer.* 131. Oldradus, *cons.* 114. Rota *diuers. decis.* 233. *num.* 2. *part.* 2. Gratianus *discept. for. c.* 984. *n.* 30. *tom.* 5. Statilius Pacificus *de Saluiano interdicto inspect.* 3. *capit.* 11. *ex numer.* 469. Fontanella *de pact. nup. claus.* 7. *gloss.* 1. *part.* 2. *num.* 23. *&* 24. Marius Cutel. *de donat. tract.* 1. *discurs.* 3. *particula* 6. *num.* 29. Hermosilla *in leg.*

4.*tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 2. *num.* 8. D. Franciscus Merlinus *controu. cap.* 19. *centur.* 1. Mercurialis Merlinus *de pignor. libr.* 4. *tit.* 1. *quæst.* 25. & post tractatum, *decis.* 50. *num.* 53. Sesse *decis.* 78. *num.* 1. San Felicius, *in praxi section.* 22. *num.* 38. Capicio Latro *decis.* 156. *lib.* 2. Ioanes Franciscus Marcianus *disputat. forens.* 56. *tom.* 2. Franciscus Maria Prato, *in additionibus ad Paschalium, de viribus patriæ potestatis, part.* 2. *capit.* 9. *ad numerum* 44. & paucis relatis Olea, *tit.* 4. *quæst.* 3. *num.* 27. Estos Autores asientan firmemente esta opinion por el donatario, explicando la decision de la *ley final, §. Lutius, ff de donationibus*, y de los demas textos de la materia, y satisfaciendo plenamente à quantos han escrito por la opinion contraria.

109 Loque no podemos dexar de admirar es, que siendo vno de los principales fundamentos, ò el mas principal entre los Autores modernos que han escrito contra el donatario, la *decis.* 48. de Scipion Rovito, de quien dixo Noguerol, *allegat.* 14. *num.* 69. *postquam supervenit decisio Rouit.* 48. *magnam authoritatē hac opinio assequuta fuit*: y auiēdo trabaxado tanto Gaito en impugnar los motiuos de esta decision, y en defenderse de el appendice, que se imprimiò despues de ella; y hallandose en el Reyno de Napoles, donde era Auditor de la Prouincia de Vari, no examinasse el sucesso, y determinacion de aquel pleyto de el Principe de Concha, en que se escriuiò aquella decision, el qual refieren Sanfelicio, Capicio Latro, y el Regente Marciano, auer sido a fauor de el Duque de Magdalon, que era el donatario anterior con hipoteca, despreciādo los motiuos que se alegaron por Nicolas Grillo, que era el acreedor posterior hipotecario por causa onero-

sa,

ſa; con que aueriguado el ſuceſo de eſta cauſa, tendrà nueſtra opinion mas aquella autoridad, que quiſo atribuir Noguerol por eſta deciſsion à la contraria.

110 Hazeſe indiſputable en nueſtro caſo eſta reſolucion por tres motiuos que excluyẽ qualquier duda. El primero, porque en la donacion que ſe hizo a Don Geronimo de Sales, interuino juramento, el qual tiene fuerça de verdadera tradicion, y obra los miſmos efectos, vt ex Guidone Papa *conſ.* 63. Decio *conſ.* 202. Paulo de Caſtro, Alexandro, Gabriele, Riminaldo, & Seraphino, *priuilegio* 71. *num.* 61. *tenet* Chriſtophorus Martius Medices, *examinatione* 17. *ad deciſ. Senenſes, numer.* 33. quem ſequitur Marcianus, *dicta diſputat.* 56. *num.* 17. y en auiendo interuenido tradicion, y mediante ella translacion de dominio, ningun Autor ha dudado el mejor derecho de el donatario.

111 El ſegundo, porque la miſma entrega de el inſtrumento de la donacion fue baſtante, por ſer vno de los medios fictos de tradicion, *leg.* 1. *Cod. de donat. & in leg. clauibus, ff. de contrah. emption. optime* Barth. *in leg. mauia, ff. ſoluto matrimon. ſcribentes in leg.* 17. *Tauri*, Poſtius *de manutent. obſervat.* 20. *numer.* 2. quidquid reniteat Marcel. Marcian. *conſ.* 29. *ex num.* 10. *tom.* 1. *& in noſtris terminis* D. Franciſcus Merlinus, *dict. capit.* 19. *num.* 32. *verſic. cenſuit quoque.*

112 El tercero, porque en eſta donacion huuo clauſula de conſtituto, en cuyos terminos todos los Autores que referimos en el numero 108. y aun los de la opinion contraria reſueluen llanamente por el donatario, y la miſma reſolucion ſigue Cæſar Carena, *reſolut.* 107.

113 Demas, que aun quando todo esto cessasse, y en esta question no fuesse tan euidente el derecho que assiste à Don Geronimo de Sales, que tiene por si las mas legales razones, y las doctrinas mas graues, y seguras, lo cierto es, que para los terminos de este pleyto es violenta la aplicacion de este punto, pues solo deue disputarse, y tiene lugar, quando contra el mismo donante, como deudor comun cócurren el donatario, y el acreedor, disputando la prelacion de sus derechos, lo qual no sucede assi en nuestro caso, pues nada se pide a Don Miguel Luis, ni con el se litiga, ni Don Geronimo Ballester concurre como acreedor, pues no le diò la transaccion este derecho, ni en la verdad puede valerse de el priuilegio de la causa onerosa, pues no lo ha sido para con el la transaccion, segun hemos fundado en la satisfacion de el tercero motiuo.

§. 5. *Sententia.*

Neque etiam obstat, clausula constituti, cum donatio, de qua agitur sit vniuersalis, in qua ob rerum contentarum in ea incertitudinem constitutum non operatur trãslationem possessionis, saltim manutenibilis, & quia de tempore ipsius donationis ipse donator D. Michael Ludouicus, Togores bona prædicta non possidebat, illorum possessionem realem donatario per cõstitutum tradere non potuit, qua non facta traditione, res donata obligari, & alienari potest per donatorem, per rei traditionem, & qui primo illam adquirit, & si titulo sit posterior præfertur; hoc autem in casu tradita realiter videntur dicto D. Hieronimo Ballester de Togores, non tam ex vi solius constituti in transa-

factione appositi, sed ex ipsa, & preambula rei traditione, seu adquisitione ex alia causa, subsequuta voluntate, & patientia constituentis permittendo earundem rerum insistentiam, & possessionem, ex quo fortius & efficax redditur cõstitutum in secũdo contractu adiectum, quam in primo positum.

Satisfactio.

HAuiendo impugnado la sentencia en el §. 4. la fuerça de la hipoteca puesta en la donacion a fauor de Don Geronimo de Sales, era muy consequente que passasse a procurar enflaquecer el fundamento de la clausula de constituto, con que se halla fortalecido tambien este contracto, y esse es el intento de este quinto motiuo.

115 Sabidos son los efectos que produce esta clausula en los contractos donde se pone, y el principal, y mas conocido es, que en fuerça de ella sola se transfiere la possession, y dominio, estimãdose en el dictamen del derecho, por vn modo ficto de tradicion bastante a obrar con la misma eficacia que la tradicion real, y verdadera, *leg. quod meo, ff. de adquirend. possession. leg. quidam 78. ff. de rei vindicat. leg. certe* 6. §. 1. *ff. de precario*, & post antiquiores, & Angelum, *in leg. stipulatio hoc modo cõcepta, ff. de V. O.* tractant late Mantic. *de tacit. & ambiguis conuent. lib. 19. fere per totum* Tiraquel. *integro tractatu de constituto*, Barbos. *de clausul. clausul.* 31. *ex numer.* 1. Anton. Gom. *in leg.* 45. *Taur. ex num.* 77. Fontanel. *de pact. clausul.* 4. *gloss.* 27. Thomat. *decis.* 30. *num.* 7. & *decis.* 112. *ex num.* 2. & *decis.* 120. *numer.* 1. Giurb. *decis.* 64. *num.* 9. & 112. *numer.* 11. & *obseruat.* 52. Horatius

Per-

Persius *conf. ciuil.* 23. *numer.* 6. Philip. Cammarat. *decis.* 8. *ex num.* 2. Postius, Acosta, Ciriacus, Amatus, vterque Merlinus, Noguerol, & plures alij, quos recenset Albarez Pegas. *resolut. forens.* 6. *num.* 1.

116 No admitiendo contradicion esta regla, lo que se intenta en este motivo, es apartarla del favor de Don Geronimo de Sales, persuadiendo, que el constituto puesto en su donacion, carece de dos requisitos essenciales para su consistencia, que son la certidumbre de las cosas que se le donaron, y la possession del mismo Don Miguel Luis, que fue el donante. A estos afectados defectos satisfaremos con breuedad, y euidencia.

117 Es llano, que para que obre el constituto se requiere, q̃ aya certeza de las cosas, sobre q̃ se pone, y cuya possession se trata de transferir por el, vt ex textu in *leg.* 3. §. *In certam, ff. de adquir. possess.* tenent omnes pœne supra relati, pero esto se deve entender, y procede, quando el constituto se pone sobre cosas particulares, y en esse caso, es necessaria la designacion especifica de ellas, sin que baste la generica, numeral; mas quãdo el constituto se pone sobre vniversalidad de cosas, ò en contracto vniuersal, no se necessita de otra certeza, ni designacion, y la misma generalidad se tiene por modo suficiente, y comprehensiuo, à certificar de las cosas contenidas en el contracto, y transferidas por el constituto. Esta conclusion en nuestros terminos de donacion vniuersal, prueba copiosamente Tiraquelo *de iure constituti* 2. *part. ampliat.* 31. ibi: *Ampliatrigessimo primo, vt vis huius constituti obtineat non solum in translatione rei cuiuspiam singularis, sed etiam in alienatione, & obligatione vniversitatis bonorum, vt si ego dono,*

dono, vendo, obligo vniuersaliter omnia bona mea, vel quotam bonorum, & constituo me possidere nomine emptoris, de notarij vel creditoris; licet enim aliter ea bona non exprimãtur, tamẽ transfertur possessio. Refiere en comprobacion de esto, muchas doctrinas, y responde al *Consejo 29. de* Laurencio Calcaneo, q̃ dize auer sido el vnico Autor de la opinion contraria, y en los mismos terminos de donacion vniuersal lo supone, y prueba, el Señor Larrea *decis.* 10. *pertotam,* & generaliter in omni contractu vniuersali, Morquech. *de diuis. bonor. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 28. Marcelus, Marcianus *cons.* 29. *n.* 9. *in fine tom.* 1.

118 Es muy formal para satisfacion de este motivo *la decission* 105. de la S. Rota, *post tractatum Merlini de pignoribus vbi n.* 12. & 13. *minus obstat alia excepcio incertitudinis respecto bonorum, quæ non leguntur in dictis instrumentis specialiter expressa qua stante, cõstitutio præcarij super eis sufragari non possit. Nam obiectum procederer, quando illa clausula fuissent apposita super aliqua re particulari incerta iuxta leg.* 3. *§. in certam, & ibi notata per Doctores, ff. de adquir. posses. in quibus terminis loquuntur Doctores; non autem, quando generaliter super omnibus bonis, præsentibus, & futuris, text. in leg. quãuis. ff. de præcario, & in leg. fin. C. Quæ res pign. oblig. poss. Quia licet non adsit certitudo respectu rerum particularium adest tamẽ respectu vniuersi, ex quo omnia comprehendũtur sub constitutione precarij, & sic adest certitudo generalis, quæ ad hũc effectũ sufficiens est. Barth. in leg. Celsus n.* 15. *vers. Sed pone, ff. de vsucap.* y prosigue alegando otros Doctores, y decissiones q̃ tãbiẽ lo confirman.

119 Procede esta resolucion muy conforme à vna regla, que dan los Authores en esta materia, diziendo, que el constituto, como por si solo no puede consistir sin contracto principal, en cuya justicia, y firmeza se sostenga, assi es preciso, que como parte accessoria de aquel cõtracto se informe de sus mismas qualidades, y se considere, y regule, por sus mismos respectos Postius, Cuteli, Noguerol, Castagna, relati à Pegas, *vbi supra n. 38. & hij alios referunt.* De donde nace, que puesto el constituto en la donacion, ò contracto vniuersal se considera vniuersal tambien su virtud, y eficacia; y de el modo que no por la incertidumbre se vician los contractos, ò donaciones vniversales, tampoco se considera incertidumbre, que pueda viciar el constituto puesto en ellos, teniendose la misma vniversalidad por equipolente à la designacion mas especifica.

120 De suerte, que tan lejos se halla de ser embaraço para la firmeça de el constituto el auer sido vniuersal esta donacion, que antes esto mismo es, lo que le fortalece, y conserua, y parece tan ageno de poderse oponer à la fuerça de este constituto el auer sido vniuersal esta donacion, que confessamos ingenuamente, que sino lo huuiera sido, no emprehendieramos con probabilidad la defensa de el constituto en ella; porque entonces si, que obstaria la incertidumbre, la qual aora queda bastantemente satisfecha.

121 El segundo defecto, que se opone à el constituto, es de possession en Don Miguel Luis, diziendo, que al tiempo de otorgar la donacion no era posseedor de las cosas, que comprehendiò en ella, con que no pudo transferir por modo ficto, ni

ver-

verdadero la possession que no tenia. Y verdaderamente, que si en esta donacion se huviessen comprehendido, solo los cuerpos hereditarios seria dificultosa la respuesta de esta objecion, pues la primera regla, y que se deve suponer para la firmeza del constituto, es, que el constitutario sea posseedor, vt tenent Valascus, *consult.* 55. *&* 106. *n.* 11. Possidonius, *de emptione lib.* 2. *dubio* 7. *num.* 43. & plures relati ab August. Barbos. *claus.* 31. *numer.* 29.

122 Si no nos valiessemos para manifestar que no huvo aqui defecto de possession de aquella, que en 17 de Setiembre de el año de 38. se diò à Iayme Soliuellas en virtud de poder de D. Miguel Luis, y de el administrador de la obra pia en fuerça del testamento, y institucion de el Conde Don Miguel, ajustando por este medio, que Don Miguel tenia la possession de estos bienes al tiempo del constituto, pues aunque no tuviesse la natural, y corporal de los mismos bienes, tenia la ciuil adquirida por su Procurador, en su nombre, la qual puede transferirse, y efectivamente se transfiriò por este constituto, vt ex Surdo, Gutierrez, Dom. Molina, Ciriaco, Seraphino, & mille alijs, tenet Posthius *de manutenendo obseruat.* 20. *num.* 8. *& est commune scribentium placitum.*

123 Pero los terminos que oy se disputan, y han dado materia a este pleyto, son sobre los derechos incorporales, y acciones de Don Miguel Luis, pues toda la duda a sido, si estos se trasfirieron de tal modo en Don Geronimo de Sales, mediante la donacion, que aun las acciones directas quedassen desde entonces ineficaces, y inutiles en D. Miguel, y sin exercicio para poderlas remitir, como lo hizo

por

por la transaccion subsiguiente; Y assi nos necessitamos à la inspeccion precissa, de si el cõstituto pudo obrar en estas acciones, y derechos.

124 Suponemos, como principio llano, que en las cosas incorporales, y acciones no se dà propria, y verdadera possession, *leg. servus, §. incorporales, ff. de adquir. rer. domin.* vbi Doctores. Solo se considera vna possession impropria, ò quasi possession, y esta no puede auer duda en que la tenia Don Miguel Luis en las acciones que auia ya deducido, y seguia en juyzios sobre la herencia de su padre, *nam agendo fit quasi possessor*, vt inquit Faber. *in suo codice libr. 7. titul. 7. difinit. 19. num. 3.*

126 Esta quasi possession que Don Miguel innegablemẽte tenia en los derechos incorporales, y acciones, fue bastante à trasferirlos, mediante el constituto en Don Geronimo de Sales, quedando desde entonces tan dueño de ellas, como antes lo era Don Miguel. Prueba esta conclusion el sentir comun de los Doctores, que dà al constituto la misma fuerça para la translacion de los derechos incorporales, y acciones, que para la possession de las mismas cosas corporales, sic ex Barth. Bald. Cuman. Alexand. Aretin. Corneo, Socin. Guid. Papa, Butr. Ancharrano, Leonardo, Inocentio, docet Tiraquel. *de iure constituti, 2. p. ampliat.* 34. Rota, *apud Farinacium decis. 764. num. 2. part. 4 in selectis, & est eadem decis.* 133. *apud* Buratum, *p.* 1. Rota *apud eundem Buratum 275. num. 6. vbi refertur sic millies decissum*, & post tractatum Viviani *de patronatu decis. 43. numer.* 17. ex Bald. *cons.* 436. *num. 5. vol.* 3. Maceratensis, *libr. 1. variar. cap. 9. ex num.* 2. Philippus Camarata, *Resp.* de-

decisione 8. numer. 2. Barzius *decis. 76. numer. 40.* Beltraminus, *ad decis. 437. Alexand. Ludou. num. 5.* Posthius *de manutenendo obseruat. 20. numer. 13.* & ex Dom. Molina, Giurba, & Angulo, Olea, *tit. 4. quæst. 8. num. 27.*

126 Ni podrà obstar, que Fabro *in Cod. titul. de adquirend. vel amittend. posses. definit. 19.* Francisco Marco, *decis. Delphinali* 422. y Sessè *decis. 405. num. 7.* sean de contrario sentir; porque demas que su opinion, como singular, deue ceder à la mas comun que hemos referido, y seguimos; la vnica razon en que se fundan es dezir, que en los derechos incorporales no se dà possession, y que sin ella no puede auer constituto, lo qual bien se reconoce quan debil sea, pues como hemos dicho, lo que obra el constituto en los derechos incorporales, es transferir aquella quasi possessiõ, que no se puede negar en ellos. Y siendo esta razon tan insuficiente, no puede sustentarse la resolucion de estos Doctores solo en fuerça de su autoridad, aunque es mucha, vt ex Iasone, Ancharrano, Zabarella, & Beato Hieronim. Magerus, *de aduocatia armata cap. 9. num. 539.*

127. Y en esta donacion no solo se halla para la translacion de las acciones, y derechos incorporales, la clausula de constituto, sino tambien vna amplia, y vniversal cession de todos los derechos, y acciones que en qualquier manera pertenecian à D. Miguel Luis, con que cessa toda duda, pues ninguna ay en que la cession obra lo mismo para la tranlacion de los derechos incorporales que obra para la de las cosas corporales la tradicion real, y verdadera, *gloss. in leg. fin. C. quando Fiscus, vel privatus*, & cum Osascho *decis.* 51. Tiraquel. Sca-

cia, Cencio, Ponte, Amato, & alijs Olea, *titul.* 1 *quæst.* 4. *num.* 13. y de la clausula de subrogacion que es parte de la cessión amplia, dixo Iuan Baptista Thoro *in suo Cod. rer. iudicatar. casu ciui.* 35. *num.* 206. alegando à Octano Caracciolo, *decis.* 22. *nu.* 16. que era eficaz, y bastante para transferir verdadera possessión, y dominio.

128 Aviendose efectuado en D. Geronimo de Sales por el Constituto la translacion de las acciones, serà oposicion de poco embaraço, la que pondera en este motivo la sentencia, diziendo, que à favor de Don Geronimo Ballester huuo tradicion verdadera, y real, por causa de la transaccion, y que por esto deve ser preferido. Es puntual para responder à esta objecion el lugar de Francisco Maria Prato *disceptat. forens.* 8. *n.* 12. & 13. ibi: *Audio tamen ex aduerso adduci textum in lege quoties, C. de rei vindicat. ad probandum donationem, & cessionem factam primo loco esse parui faciendam, eo quod secunda cessio capit à traditione, non autem prima. Sed vere nullius est ponderis tale obiectum, si veros terminos inspiciamus, cum etenim cessio fuerit de nomine debitoris consequendo* (esto es de la accion que Don Don Miguel tenia para pedir la herencia de su padre) *& sic de re incorporali statim, at D. N. habuit donationem, siue cessionem crediti mediante instrumento cum clausula constituti, habuit traditionem nominis cessi*; y lo confirma con buenas alegaciones.

129 Confirma esta opinion la resolucion comun de los Authores, que limitan la disposicion de la *ley quoties, C. de rei vindic.* quando à favor del primer donatario huvo tradicion por acto ficto, mediante el constituto, porque entonces

aun-

aunque a favor del segundo aya avido tradicion verdadera, cessa la disposicion de esta ley, y es el el primero el preferido, Barbos. *in collect. ad illum textum, num.* 11. *vbi refert viginti Authores*, Hermosilla *in l. 50. tit. 5. p. 5. gloss. 1. n. 9. qui plures alios*, & cum Gaspare Thesauro, Cancerio, & Fontanela, Regens Marinis *in obseruat. ad decis. 73. Reuerterij, num. 6. & in obseruat. ad decis. 107. num.* 3. vbi refert Salernitanum, Antonium Fabrum, Marcellum Marcianum, & alios, Cutelli *de donationibus, tract. 2. discursu 1. speciali 12. num.* 190. & faciunt quæ tradit Olea *tit. 6. q. 8. ex num.* 4. y la misma resolucion siguen los Autores que referimos, *supr. num.* 108.

§. 6. Sententiæ.

Reseruat tamen ius, si quod competit, tam dicto Hieronymo de Sales, quā dicto D. Michaeli Ludouico Ballester de Togores, nunc Præsbytero, & Canonico Ecclesiæ Mayoricensis nomine administratorio dictæ causæ piæ, in alio iuditio aduersus transactionem præfatam, respectu nullitatis, aut rescisionis illius quocumque alio prætextu, quia non sunt præsentis iuditij.

Satisfactio.

130 Dos acciones ha intentado D. Geronimo de Sales contra esta transaccion. La vna, que no pudo hazerla Don Miguel Luis en su perjuicio supuesta la donacion vniuersal, como se ha fundado en este papel, y la otra diziēdo nulidad della por la lesion enormissima, y dolo, que en ella intervino, quedando engañado en mucho mas de la metad el dicho Don Miguel Luis, à quien ha

sa-

ſucedido Don Geronimo ; en virtud de la donacion, como ſe ha dicho arriba, num. 6. y aunque eſte intentò que ſe declaraſſe ſobre eſta nulidad, ſe le reſervò derecho para pedirlo en otro juizio; de loqual ſuplicò, y ha expreſſado agravios en eſte S.S.R.C. y probado con evidencia la leſion enormiſsima, ſobre que ha alegado dilatadamente en peticion de del año de
y para mas claridad ſe haze demonſtracion de ella por papel aparte.

131 Y conſtando de la leſion, no pudo, ni deviò la Real Audiencia reſervar ſu conocimiento à otro juizio, *l.nulli, C.de iudit.* ibi: *Nulli prorſus audientia præbeatur, qui cauſæ continentiam diuidit, & ex benefitij prærogatiua, id quod in vno eodemque iuditio poterat terminari, apud diuerſos iudices voluerit ventilare*, & ibi Mornac. Mayormente quando ſe manifieſta in prõptu, y por los miſmos Autos, pues por ſu primera inſpeccion, ſin contradicion del hecho, ſin trabajo del entendimiento, por la viſta de la miſma tranſaccion, y hecho aſsiento en ella por las partes, ſe puede examinar, y reſolver, *l.ſi is a quo 3. ff. vt in poſſeſsion.legat.* ibi: *Hodie conſtat de fideicommiſſo, hodie agamus. l.fin. C. de compenſ.* alli: *Ita tamen compenſationes obijci iubemus, ſi cauſa, ex qua cõpenſatur, liquida ſit, & non multis ambagibus innodata, ſed poſſe iudici facilè meritũ ſui præſtare. l.3. §. ibidem, ff. ad exhibend.* ſic: *Ibidem ſubiungit iudicem per arbitrium ſibi ex hac actione commiſſum, etiam excepciones æſtimare, quas poſſeſſor obijcit, & ſi quàtam euidens ſit, vt facile repellat agentem debere poſſeſſorem abſolui, l. ille à quo, §. ſi de teſtamento, ff. ad Trebell.* Giurb. *deciſ.* 21. Merlin. *controuerſ. cent.* 1. *cont.* 76. & 96.

Y es

132 Y es grande agravio, y moleſtia para D. Geronimo, el no averſe conocido deſta nulidad, y reſervadolo à otro juyzio, por cuyo medio ſe le ſiguen grandes gaſtos, y vexaciones, y ſobre todo la privacion de ſu hazienda, coſas que tanto previenen las leyes, *l. iam tamen, §. Si tamen, ff. iudicat. ſolvi*, ibi: *Ne defenſio per plures ſciſſa, incommodo aliquo afficiat actorem. cap. non nulli* 28. ibi: *Vtreus fatigatus laboribus, & expenſis liti cædere, vel importunitatem actoris redimere compellatur. cap. quia non nulli de reſcript.* Gratian. *deciſ.* 107. Maſtrill. *deciſ.* 108.

133 Y aunque en la eſtimacion de ſi conſta claramente, ò es intrincada la prueba, algunos la reſervan al arbitrio del Iuez, como ſe dize en la *ley 3. §. ibidē, ff. ad exhib.* Merlin *cent. 1. controu.* 96. Mas ſiempre ajuſtado al miſmo derecho, *canon. iudicet. 3. quaſt. 7.* ibi: *Bonus iudex nihil ex arbitrio ſuo facit, & domeſtica propoſito voluntatis, ſed iuxta leges, & iura pronuntiat, ſtatutis iuris obtemperat. Authent. de iudicib. §. Omnis autem. canon. ne innitaris de conſtit.* cum alijs apud Lucam de Penna, *in l. 2. C. de numerarijs, & arcarijs lib. 12.* Card. Pariſ. *conſ. 56. num. 5.* Merlin. *vbi ſupra num. 17.*

134 Con que hallandoſe tan en favor de la donacion, y tan contra la tranſaccion las mas ſeguras razones del derecho, y las mas ſeguras doctrinas de los Autores, no podran embarazar la manifieſta juſticia de D. Geronimo de Sales, los poco firmes motivos que ya ſe han ſatisfecho de la ſentencia, cuya revocacion ſe eſpera. Salva in omnibus. &c.